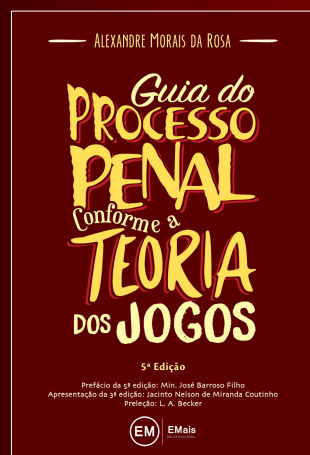
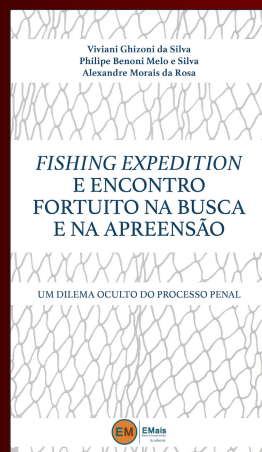


EMais

Editora & Livraria Jurídica



www.emaiseditora.com.br
euquero@emaiseditora.com.br

Quando o advogado criminalista sai de seu gabinete e vai em busca de provas, ou ainda quando diligencia ativamente, ainda que sentado no seu computador dentro do escritório, e em muitas outras situações, está-se realizando investigação defensiva. Ocorre que, por uma ausência de previsão legal e/ou administrativa, o assunto não é tratado a contento – sequer pela Academia. Por outro lado, não se pode descurar dos parâmetros normativos postos, os quais em uma interpretação sistêmica, permitem o exercício da investigação defensiva.

A discussão tende a se avolumar, no entanto, quando a demanda prático-profissional começa a exigir dos causídicos a adoção de medidas nesse sentido. E só aí se dá conta de que se faz tudo intuitivamente, sem um arcabouço teórico ou uma metodologia a ser aplicada.

Contudo, esse novo cenário apresenta um ônus, pois a advocacia vai precisar se aparelhar e se instruir com conhecimentos, profissionais e ferramentas para produzir um material de alta qualidade. Apesar de existirem técnicas investigativas de baixo ou nulo custo, por exemplo, já desponta a necessidade dessa discussão invadir as Defensorias Públicas. Tudo isso impacta e implica em uma mudança cultural que talvez demore mais de uma geração para ocorrer, mas vai; e a catalização desse processo depende dos atores envolvidos. No mais, todo início é difícil.

A implementação da Investigação Defensiva no Brasil vai enfrentar inúmeras resistências, tendo em vista que a Defesa já encontra resistências em variados graus, desde o direito de acesso integral aos autos das investigações estatais.

Visando, pois, fornecer algum contributo para esse momento embrionário do surgimento das práticas de investigação defensiva no Brasil, a presente obra pretende fornecer, para além de um arcabouço comparado, teórico e normativo, um conjunto de informações sobre questões práticas da advocacia investigativa.



Gabriel Bulhões Nóbrega Dias

MANUAL PRÁTICO DE INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA



2019

GABRIEL BULHÕES NÓBREGA DIAS

MANUAL PRÁTICO DE INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

UM NOVO PARADIGMA NA ADVOCACIA CRIMINAL BRASILEIRA



GABRIEL
BULHÕES
NÓBREGA
DIAS

- Advogado Criminalista;
- Membro Consultor da Comissão Especial de Estudo do Direito Penal do CFOAB;
- Presidente da Comissão da Advocacia Criminal da OAB/RN (2016-2018);
- Coordenador Estadual do IBCCRIM no RN;
- Professor da Pós-graduação em Direito e Processo Penal da UnP (Natal e Mossoró) e Faculdade Diocesana (Mossoró);
- Coordenador Adjunto do Departamento Nacional de Compliance e Direito Penal Econômico do IBCCRIM;
- Coordenador Adjunto do Grupo de Trabalho Nacional de Investigação Defensiva do IBCCRIM;
- Pós-graduado em Ciências Criminais pela UCAM/RJ;
- Pós-graduado em Direito Penal Econômico pelo IBCCRIM/ Universidade de Coimbra;
- Programa de Iniciação Científica pela FGV/SP.

GABRIEL BULHÕES

MANUAL PRÁTICO DE INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA:

UM NOVO PARADIGMA NA
ADVOCACIA CRIMINAL BRASILEIRA



EMais
Editora & Livraria Jurídica
Academia



Copyright© 2019 | *Gabriel Bulhões*
Editora-Chefe | *Fernanda Pacheco Amorim*
Capa e Diagramação | *Carla Botto de Barros*

GABRIEL BULHÕES

CONSELHO EDITORIAL

Aldacy Rachid Coutinho - UFPR	Jéssica Gonçalves - UFSC
Alexandre Moraes da Rosa - UFSC e Univali	Jorge Bheron Roche - Unifor
Alfredo Copetti Neto - Unioeste e Unijui	Juan Carlos Vezzulla - IMAP-PT
Ana Claudia Bastos de Pinho - UFPA	Júlio César Marcellino Jr - Unisul
Claudio Ladeira de Oliveira - UFSC	Luiz Henrique Cademartori - UFSC
Claudio Melim - Univali	Márcio Ricardo Staffen - Imed-RS
Daniela Villani Bonaccorsi - Imed	Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - Univali
Denise Schmitt Siqueira Garcia - Univali	Orlando Celso da Silva Neto - UFSC
Diogo Rudge Malan - Uerj, UFRJ e FGV DIREITO RIO	Pedro Miranda de Oliveira - UFSC
Eduardo de Avelar Lamy - UFSC	Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino - Imed
Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto - UFSC e Univali	Roberto Miccu - Universidade de Coimbra-PT
Gabriel Real Ferrer - Univali e Universidad de Alicante-ES	Thiago Fabres de Carvalho - FDV
Gisela França da Costa - Estácio de Sá-Unesa, Uerj e Emerj	Thiago M. Minagé - UFRJ, Unesa e ABDConst-Rio

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ

A543r

Amorim, Fernanda Pacheco, 1992-
Respeita as mina : inteligência artificial e violências contra a mulher / Fernanda
Pacheco Amorim. - 1. ed. - Florianópolis [SC] : Emais, 2019.
124 p. ; 21 cm.

Inclui bibliografia e índice
ISBN 978-85-94142-61-0

1. Direito. 2. Direitos das mulheres. 3. Crime contra as mulheres. 4. Feminismo.
5. Inteligência artificial. I. Título.

19-54973

CDU: 34.004-055.2

Leandra Felix da Cruz - Bibliotecária - CRB-7/6135

.....
É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às caracte-
rísticas gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art. 184 e
seus §§ 1º, 2º e 3º, Lei da Lei 10.695 de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações
diversas (Lei nº9.610/98).



EMais
Editora & Livraria Jurídica

Todos os direitos desta edição reservados à EMais.

www.emaiseditora.com.br
euquero@emaiseditora.com.br
Florianópolis/SC

.....

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

MANUAL PRÁTICO DE INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA:

UM NOVO PARADIGMA NA ADVOCACIA CRIMINAL BRASILEIRA



EMais
Editora & Livraria Jurídica
Academia

PREFÁCIO

Ataque e defesa no jogo processual podem sugerir, equivocadamente, a postura passiva da defesa. Aliás, o modelo de processo penal situa as oportunidades defensivas somente depois de instaurada a ação penal, salvo a breve disposição do art. 14 do CPP, em que o protagonista é o Delegado de Polícia, nem sempre acolhedor das pretensões defensivas. Entretanto, cada vez mais o processo penal se acelera, especialmente em face de novas tecnologias exigirem a atuação direta e imediata da defesa. Isso porque aguardar para produzir prova somente depois de tudo produzido pela acusação é tática dominada, principalmente em um processo penal cada vez mais é tomado pela aceleração.

Por outro lado, com a abertura para Justiça Negocial, o palco da culpa deixa de ser o processo penal para cada vez mais se pautar nas cartas probatórias produzidas durante a investigação. A defesa, em regra, fica observando a movimentação estatal, sem armas adequadas para se opor.

Dentro desta perspectiva surgiu o Provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB, regulamentando, ainda timidamente, a investigação defensiva. É justamente neste local de fala, até porque foi imenso lutador para implementação da investigação defensiva que o livro de Gabriel Bulhões precisa ser lido. Há três anos temos um diálogo franco e aberto sobre as condições de possibilidade de estabelecer um padrão mínimo de investigação por parte do defensor. O texto que segue é fruto da incessante investigação do autor, cuja capacidade teórica já desponta, além de ser vinculado ao ambiente tecnológico e da prática jurídica.

No campo do Processo Penal 4.0. o velho modelo de defender acusado é para quem não se deu conta de que a atribuição de culpa acelerou de modo tal que aguardar por defender ao final da produção da prova de acusação é um atestado de amadorismo. Sem que a defesa se antecipe, parta para cima, produza prova,

afastamo-nos cada vez mais de um processo penal justo. Daí a importância de estabelecer regras para serem observadas por todos que se arriscam na navalha do processo penal e da investigação.

Por fim, talvez seja o caso de os Delegados de Polícia, de vez, darem-se conta de que investigam casos penais, nem a favor do Estado, nem a favor de investigados/suspeitos, e sim de modo imparcial. Se isso fosse levado a sério mais vezes a investigação defensiva poderia ser menos necessária. No quadro atual, principalmente com Ministério Público investigando, vedar a defesa é manter um processo penal covarde. Recomendo, assim, a leitura do livro do advogado 4.0 Gabriel Bulhões.

Alexandre Morais da Rosa.

Doutor em Direito. Professor da UFSC e UNIVALI.
Juiz de Direito (TJSC)

APRESENTAÇÃO

Na teoria penal nacional-socialista alemã, a relação processual entre o advogado e o Estado era repudiada, na medida em que o direito de defesa se submetia aos interesses totalitários do nazismo. A atuação do advogado sujeitava-se, assim, à condição de negócio auxiliar da burocracia punitiva. Nesse sentido, em uma lei do III Reich editada em 21 de fevereiro de 1936, a garantia de sigilo não poderia ser levantada contra o Estado, modelo teórico que também se repetiria na Itália fascista e influenciara muitas legislações, como a brasileira de 1941, situação somente rompida de fato na Constituição de 1988, com a indispensabilidade do advogado à administração da Justiça e a garantia de sua inviolabilidade profissional.

O presente Manual Prático reposiciona essa relação historicamente penosa entre o advogado e as agências punitivas do Estado. Definindo a investigação como um complexo de atividades realizadas pelo defensor em qualquer fase processual, a obra se opõe à advocacia de gabinete, numa nova sistemática que avança pelo protagonismo processual independentemente dos estatutos das partes relacionadas.

A criminologia interacionista de *Goffman* pode contribuir para ajudar no entendimento do funcionamento do processo penal, cheio de cerimônias que estabelecem regras de distanciamento e proteção simbólica das autoridades públicas, em ambientes cuja expectativa geral gravita em torno da passividade causada pela regra probatória da inocência, segundo a qual o acusado não precisa produzir provas. A docilidade da defesa técnica nos estatutos profissionais rigidamente demarcados por espaços de permissão e proibição não se ajusta aos tempos de hoje. Não existe nada na lei que explique essa geografia ou as razões pelas quais o advogado não aparece no processo por completo, em todas as suas aptidões, ainda que isso seja racional sob muitos aspectos, inclusive numa

visão econômica do direito.

Esse precioso livro é reflexo da própria vivência de Gabriel Bulhões como descendente de uma espantosa geração de estudantes da Universidade Federal do Rio Grande do Norte devotada a transformar as estruturas da cultura jurídica, no seio da qual a Defesa incorpora-se à governança do processo cooperativo, controlando com muito mais precisão a gestão de riscos no interior da produção probatória.

Dessa forma, a Investigação Defensiva se enquadra em um contexto genérico de prevenção probatória processual, ao reunir as características necessárias para defrontar o desequilíbrio de armas entre as partes. Inaugura-se uma fase metodológica nova para o processo penal, atribuindo-se à produção de provas defensivas um salto qualitativo dos mais importantes, desde a democratização processual ocorrida a partir de 1988. Não será menos extraordinário deixar de lançar que essa técnica defensiva contribui para “devolver o conflito à vítima”, na medida em que ressignifica a relação processual a partir de um maior sentido para o princípio da iniciativa privada, marca dos modelos processuais democrático-cooperativos, sem limitar em nenhum grau as funções acusatórias típicas.

Gabriel Bulhões reage contra as estruturas inquisitórias trazendo à luz um assunto incrivelmente oculto nos melhores tombos dogmáticos. Depois dessa obra, não mais existe nenhuma razão teórica para impedir a efetuação prática da Investigação Defensiva. O autor delinea seus argumentos no direito comparado e já antecipa o que será realidade no projeto do Código de Processo Penal, propondo inclusive mudanças às reformas legais no sentido dar mais potência à capacidade da defesa influenciar na formação da decisão judicial.

O Manual vem ao mundo jurídico graças à militância do advogado Gabriel Bulhões, tanto junto à regulação administrativa da investigação defensiva na Comissão de Advogados Criminalistas da Seccional do Rio Grande do Norte como no Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), para onde levou a proposta de regulamentação do instituto, junto ao Professor Edson Luis Baldan (PUC/SP), materializada no Provimento n.º 188/2018-CFOAB, com as regras gerais do tema.

A Investigação Defensiva não concorre com a atividade

persecutória policial ou do Ministério Público, uma vez que integra o conceito de governança do conflito em aspectos que sugerem inspiração na pluriprocessualidade e cooperação, marcantes símbolos da virada democrática processual; ela tampouco se confunde com uma mera investigação privada em sentido amplo, porque se institui no seio da atividade de um profissional tecnicamente habilitado, o advogado, responsável por cumprimento de deveres éticos e regras processuais essenciais, o que aumenta o grau de responsabilidades para com a condução de ações processuais preventivas que rompem plenamente muitas das velhas “tradições” da investigação particular.

Esse início demorado da Investigação Defensiva no Brasil, apesar de sua superior longevidade noutros países, está compensado nas notáveis balizas do Manual, obra imprescindível para estudantes, professores, advogados, defensores, promotores, juizes e todos que almejem passos em direção à modernização dos rituais processuais pelo planejamento estratégico da defesa mediante compartilhamento, descentralização e distribuição das funções informativas, enfatizadas, sobretudo, na remodelação dos princípios da boa-fé e da cooperação, tão bem alargados no processo civil.

O processo penal cooperativo concebe um verdadeiro contraponto aos postulados tradicionais de obtenção de informação, inclusive revalidando o papel da assistência acusatória, nada impedindo que, em situações de dúvidas probatórias decorrentes da investigação defensiva, o juiz prepare audiência de saneamento cooperativo, a exemplo do já que ocorre no processo civil (art. 357, § 3º).

Ninguém termina de ler essa obra sem pensar no tempo que já perdemos com o atual modelo processual.

Fábio Ataíde

Juiz de Direito (TJRN) e Professor de Criminologia da UFRN

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
CAPÍTULO 1	
DIREITO COMPARADO	25
1.1. MODELO ITALIANO	26
1.2. MODELO ESTADUNIDENSE	33
CAPÍTULO 2	
ELEMENTOS NORMATIVOS FUNDANTES.....	39
2.1. ELEMENTOS INTERNACIONAIS	41
2.2. ELEMENTOS CONSTITUCIONAIS	44
2.2.1. Segurança Pública como Direito e Dever de Todos.....	45
2.3. ELEMENTOS LEGAIS.....	48
2.3.1. Estatuto da Advocacia e da OAB	50
2.3.2. Lei de Acesso à Informação.....	51
2.3.3. Lei dos Cartórios e Lei de Registros Públicos.....	53
2.3.4. Lei de Regulamentação da Profissão do Detetive Particular.....	54
2.3.5. Código de Processo Penal de 1941.....	56
2.3.5.1. Direito de Produzir Provas na fase pré-processual e processual	58
2.3.5.2. Busca e Apreensão.....	59
2.3.5.3. Notitia-Criminis e Assistência à Acusação	62
2.4. ELEMENTOS INFRALEGAIS	63
CAPÍTULO 3	
A REGULAMENTAÇÃO DA MATÉRIA NO BRASIL....	65
3.1. A MATÉRIA NO PROJETO DO NOVO CPP	66
3.2. A REGULAMENTAÇÃO ADMINISTRATIVA PELO CFOAB.....	70
CAPÍTULO 4	
FORMAS DE INVESTIGAÇÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	75
4.1. A INVESTIGAÇÃO DIRETA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E SUAS IMPLICAÇÕES.....	78
4.2. A INVESTIGAÇÃO PRIVADA	83

4.2.1. A Investigação Particular de Questões Privadas.....	84
4.2.2. A Investigação Corporativa.....	85
4.3. A CARACTERIZAÇÃO DA ATIVIDADE DA ADVOCACIA INVESTIGATIVA	86
4.3.1. Atividade Advocacia e a Fé Pública	88
4.3.2. Possibilidade de Subcontratação.....	91

CAPÍTULO 5

LIMITAÇÕES À INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA..... 93

5.1. LIMITAÇÕES NORMATIVAS.....	94
5.2. LIMITAÇÕES COGNITIVAS.....	95
5.3. LIMITAÇÕES MATERIAIS	97

CAPÍTULO 6

DEVER E VALORES DO ADVOGADO CONDUTOR..... 99

CAPÍTULO 7

PLANEJAMENTO DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA.. 101

CAPÍTULO 8

FORMAS E CLASSIFICAÇÃO DE UTILIZAÇÃO..... 103

CAPÍTULO 9

RELAÇÃO COM O JUÍZO CÍVEL E A BARGANHA ... 107

CAPÍTULO 10

TÉCNICAS ESPECIAIS DE INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA..... 109

10.1. BUSCA POR INFORMAÇÕES PÚBLICAS NA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES.....	110
10.2. INFORMAÇÕES CARTORÁRIAS E REGISTROS PÚBLICOS.....	112
10.3. ATA NOTARIAL.....	113
10.4. SOLICITAÇÃO DE INFORMAÇÕES PÚBLICAS.....	117
10.5. INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS.....	120
10.6. NOTIFICAÇÕES EXTRAJUDICIAIS PÚBLICA E PRIVADA.....	123
10.7. SOLICITAÇÃO DE IMAGENS DE VIGILÂNCIA.....	125
10.8. BUSCA E APREENSÃO.....	125
10.9 VISTORIAS OU INSPEÇÕES;.....	126
10.10. PERÍCIAS DIVERSAS.....	126
10.11. DETETIVES PARTICULARES	127
10.12. EMPRESAS DE SUPORTE À LITÍGIOS;.....	129

CAPÍTULO 11

AUTOS DE INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA (AID) 131

11.1. INSTRUMENTOS OBRIGATÓRIOS.....	133
11.1.1. Termo de Instauração.....	134
11.1.2. Capa	135
11.1.3. Relatórios.....	136
11.2. OUTROS INSTRUMENTOS	137
11.2.1. Termo de Enumeração de Pessoas Diligenciadas.....	138
11.2.2. Termo de Relação de Capitulações.....	139
11.2.3. Ordens de Serviço.....	139

CAPÍTULO 12

ADVOCACIA 4.0 E USO DE RECURSOS TECNOLÓGICOS NA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA . 141

12.1. UTILIZAÇÃO DE SUPORTES AUDIOVISUAIS (<i>TIMELINE</i> ´S, <i>STORYLINE</i> ´S, <i>STORYMAP</i> ´S, ETC.), <i>QR CODE</i> ´S E OUTRAS FERRAMENTAS DE OTIMIZAÇÃO DA INFORMAÇÃO.....	142
12.2. <i>SOFTWARE AS A SERVICE</i> – SAAS E A ADVOCACIA INVESTIGATIVA EM NUVEM.....	144

CAPÍTULO 13

TEORIA DOS JOGOS E INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA 147

CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 155

REFERÊNCIAS..... 161

INTRODUÇÃO

Um temário ainda pouco explorado no Brasil é o da Investigação Defensiva. Atividade muito comum e desenvolvida em outros recantos do mundo, a exemplo dos modelos de proatividade advocatícia que se desenvolveram na Itália¹, país com uma tradição jurídica muito semelhante à nossa, e nos Estados Unidos da América, nação cuja forma de enxergar a realidade através do Direito vem enxurrando² o ordenamento brasileiro a passos largos³⁻⁴. O Direito Comparado, portanto, deve ser um caminho a seguir para o amadurecimento da questão, tendo em vista que é algo já bastante desenvolvido em outros países.

Nesse sentido, o certo é que o desenvolvimento dessa

.....
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 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, p. 06.

2. Para além das influências legislativas e político-criminais concretas, possuímos mais proximidade com esse modelo em razão da habitualidade com que a indústria cinematográfica e de seriados vem apresentados a questão, a exemplo das séries: (i) How to Get Away With Murder; (ii) SUITS; (iii) The Good Wife; (iv) Ray Donovan; (v) Marcella; (vi) Scaandal; (vii) The Seven Seconds; ou as séries documentais: (i) Making a Murderer; (ii) Dirty Money, entre outros inúmeros exemplos.

3. Sobre a influência do direito processual penal norte-americano no sistema processual penal latino, de uma forma geral, relevante a perspectiva de **Afrânio Silva Martins**, que há muito se opõe doutrinariamente à “importação” de institutos processuais peculiares ao sistema processual norte-americano, na medida em que fundado em bases jurídicas e valores sociais diversos da cultura latina. (MARTINS, Afrânio Silva. **A influência norte-americana nos sistemas processuais penais latinos**. Empório do Direito, publicado em 26 jul 2016. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/leitura/a-influencia-norte-americana-nos-sistemas-processuais-penais-latinos-por-afranio-silva-jardim-1508758582>>. Acesso em 26 fev 2018.

4. Elementos colhidos, entre outros ao longo do texto – devidamente referenciados, na publicação: DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal brasileiro**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 304, abr. 2018. Texto republicado pela CONJUR, disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-10/gabriel-bulhoes-investigacao-defensiva-paridade-armas>>.

atividade no Brasil sofre influências mútuas de ambos os modelos, seja a partir do modelo continental (romano-germânico), seja através do modelo da *common law*.

No Brasil, a perspectiva que se abre é vasta e parece existir uma demanda reprimida a qual faz, do momento histórico que se vive, um excelente momento para advogados e advocacia paup-tarem o tema, por várias razões.

Em primeiro lugar, o passado mostra um movimento pendular quando se analisam os avanços e retrocessos quanto aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, em especial quando se trata de perseguição criminal. Não há dúvidas, por outro lado, que nessa quadra histórica há um recrudescimento em vários níveis e dimensões do Estado Policial, com a consequente supressão e mitigação de garantias, chegando a ser nominado acertadamente de Pós-Democracia.⁵

Em um aprofundamento dessa leitura, vemos uma instituição relativamente recente, empoderada pela Constituição Federal de 1988, a qual está imprimindo profundas transformações neste cenário. Trata-se, obviamente, do Ministério Público, que além de *custos legis*, desempenha parcialmente a função pública acusatória enquanto *dominus litis*.

Há uma tendência atual do Ministério Público, de relegar algumas de suas funções, em detrimento de outras. Essa seletividade funcional por parte do *parquet*, que já vem sendo evidenciada e criticada por muitos⁶, deixa um débito democrático por parte da Instituição, principalmente se forem consideradas as promessas trazidas pelo Constituinte quando alçou tais variadas funções ao Ministério Público (artigo 129, CF⁷).

5. CASARA, Rubens. **O Estado Pós-Democrático no Brasil: a gestão dos indesejáveis**. Justificando. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/09/17/o-estado-pos-democratico-no-brasil-gestao-dos-indesejaveis/#_ftn-ref1>. Acesso em: 26 fev 2018.

6. Nesse sentido, quanto à omissão no que toca à função de controle externo da atividade policial, veja-se: “...o desempenho do Ministério Público no controle externo das polícias e no combate à violação de direitos humanos até hoje ficou muitíssimo aquém do papel que a Constituição de 1988 lhe conferiu.” (LEMGRUBER, Julita; MUSUMECI, Leonarda; CANO, Ignacio. **Quem Vigia os Vigias?** Um Estudo Sobre Controle Externo da Polícia no Brasil. Rio de Janeiro: Edit. Record, 2003, p. 122.

7. Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I–promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II–zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III–promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IV–promover a ação de

Nada obstante a isso, vê-se que a *função acusatória* vem sendo aprimorada, com uma pressão constante para que a política criminal “trague” garantias processuais e materiais do Direito Penal. Um exemplo claro disso foram as propostas “10 medidas contra a corrupção”, que afinal não eram nem 10 (dez) nem eram contra a corrupção⁸; mas, movimentaram a sociedade brasileira através de uma campanha em vários aspectos passíveis de severas críticas – as quais também não fazem parte do objeto desse texto. Tentou-se, por exemplo, restringir o cabimento do *habeas corpus* e legitimar o uso de provas nulas, para mencionar as propostas mais grotescas.

Ainda, em uma visão sistêmica, pode ser observada uma verdadeira cruzada da classe ministerial para disputar poder e aumentar suas atribuições, a exemplo: da luta pela possibilidade de empreender investigações diretamente⁹ (função *nativa* da Polícia Judiciária), mesmo que ao bel prazer e discricionariedade do Promotor/Procurador e sem qualquer elemento normativo legal de regulamentação; da intenção de suprimir o texto da Lei

.....
inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; V–defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; VI–expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; VII–exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; VIII–requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; IX–exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

8. TEIXEIRA, Matheus. **Medidas contra corrupção propostas pelo MPF têm ranço de ódio contra direito de defesa, diz IAB**. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-08/livro-iab-compara-10-medidas-corruptao-mpf-ai>>. Acesso em: 8 set. 2017; RODAS, Sérgio. **Entrevista com Eugênio Aragão, ex-ministro da Justiça: “Ao se apaixonar pelo fetiche criminalista, MP se afastou da Constituição”**. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jul-17/entrevista-eugenio-aragao-ex-ministro-justica-membro-mpf>>. Acesso em: 17 jul. 2016; STRECK, Lenio Luiz. **O pacote anticorrupção do Ministério Público e o fator Minority Report**. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-03/senso-incomum-pacote-anticorrupcao-mpf-fator-minority-report>>. Acesso em: 3 mar. 2016; MARTINES, Fernando. **Publicação reúne críticas de criminalistas a medidas anticorrupção do MPF**. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-dez-09/grandes-criminalistas-criticam-medidas-anticorrupcao-mpf>>. Acesso em: 9 dez. 2015; TORON, Alberto Zacharias. **Podemos ter um processo penal fascista em plena democracia, diz Toron**. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-20/podemos-processo-penal-fascista-democracia-toron>>. Acesso em: 20 out. 2016.

9. Discussão que foi impulsionada pela fixação da tese com repercussão geral pelo STF no Recurso Extraordinário n.º 593.727 (Relator Ministro Gilmar Mendes), canalizada pela luta contra a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n.º 37, e cristalizada na edição da Resolução n.º 13/2016, e as alterações trazidas pela Resolução n.º 161 e 181/2017 e 183/2018, todas do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

Federal n.º 12.850 que faz remissão à possibilidade do Delegado promover diretamente tratativas para firmar acordo de “colaboração” premiada¹⁰ (com previsão expressa no artigo 3º, §§ 2º e 6º, da Lei de Organização Criminosa¹¹); ou ainda a (descabida) inovação, efetivada por um ato normativo do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), permitindo o “acordo de não-persecução penal” para crimes sem violência e com pena máxima cominada em abstrato de até 4 anos de prisão¹²⁻¹³. Isto para restringir o debate somente a alguns exemplos, dos mais relevantes e recentes.

Da mesma forma, há informações públicas acerca dos investimentos feitos pelo *Parquet* há vários anos para um especial enfoque no aprimoramento da *função acusatória*, seja pela estruturação das unidades ministeriais responsáveis pela seara criminal (com alocação de recursos e pessoal), seja pela qualificação de seus membros (com a promoção de eventos, custeio de atividades acadêmicas relacionadas – incluindo licenças remuneradas *etc.*), ou ainda pela aquisição de equipamentos de última geração para promoção das investigações diretas.

Esboçando tal preocupação, valiosas as lições de Edson Baldan:

Entregar ao Ministério Público atribuições investigatórias totais sem, em contrapartida, conferir similares poderes à defesa, sob o pueril argumento do fortalecimento de um pretenso sistema acusatório, implica, em verdade, sedimentação de um explícito modelo inquisitorial pior que qualquer outro porque sob gestão, agora, não de um Magistrado, imparcial por vocação, mas sim de uma única parte do processo – o Ministério Público – que, doravante, administraria a “inquisição

10. Cuja constitucionalidade está sendo questionada no STF pela Procuradoria-Geral da República, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 5.508.

11. Art. 4º (...) § 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). (...) § 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor (...).

12. Inovação trazida pela Resolução n.º 181, de 7 de agosto de 2017, com alterações trazidas pela Resolução n.º 183, de 24 de janeiro de 2018, ambas do CNMP.

13. Já com sua constitucionalidade questionada no STF, pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), através da ADI n.º 5.790.

ministerial”, com sua inexorável e notória vinculação psicológica com o desate condenatório. Mais funestos que os efeitos de uma confusão das tarefas judicantes e investigatórias são, sem dúvida, as consequências de uma concentração, em mesmo subsistema, das missões de investigar e acusar. Se não é razoável que o acusado possa tanto quanto seu acusador, menos admissível é que apenas neste se vistam as togas de inquisidor. Se inalcançável o estado ideal de “lanças do mesmo tamanho” em mãos do investigador e do investigado, igualmente há de ser refutada a hipótese de ver-se a arma empunhada exclusivamente por um deles. Constrói-se uma investigação essencialmente antiética (violadora da moral) porque antitética ao formato de um devido processo legal (transgressora de uma garantia individual).¹⁴

É chegado, nessa esteira, o momento da reação da advocacia. Em especial a Criminalista, que vem sendo a categoria profissional mais atacada e vilipendiada diante de tudo isso. E era de se esperar, pois são os Criminalistas, ainda, os maiores defensores dos abnegados e perseguidos. Mesmo que outros setores e instituições tentem propagandear a apropriação desta missão, e mesmo que não se precise ostentar isso para que – de fato – o sejam. Nesse sentido, mais uma vez concorda-se com Edson Baldan:

(...) a limitação de instrumentos defensivos, de um lado, e a hipertrofia dos mecanismos repressores, de outro, têm dificultado a vinda das cores da defesa para os domínios do processo penal, constatação que conduziria à admissão de que seguimos violando sistematicamente a cláusula constitucional do devido processo legal.¹⁵

O que pode, então, ser feito? Qual a possibilidade de reequilibrar essa balança? Algum dia já houve tal equilíbrio?

A investigação defensiva está aí, latente na atuação profissional de toda a advocacia, mostrando-se, ainda que timidamente no contexto da persecução penal brasileira, como instrumento digno de atenção da Defesa e principalmente da Doutrina, já que salvo honrosas exceções¹⁶, esta não tem se ocupado a contento do tema

14. BALDAN, Édson Luís. **Devida investigação legal como derivação do devido processo legal e como garantia fundamental do imputado**. In: KHALED JR, Salah Hassan. (Org.). Sistema penal e poder punitivo, estudos em homenagem ao Professor Aury Lopes Jr. 1ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2014, v. 1, p. 156-157.

15. 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, p. 01.

16. AZEVEDO, André Boiani e, BALDAN, Édson Luís. **A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva: ou do direito de defender-se**

no âmbito da Academia brasileira.

Nada obstante ao fato de não existir qualquer elemento normativo regulamentador (salvo o Provimento nº 1882018

.....
provando. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.11, n.137, p. 6-8, abr. 2004; BALDAN, Edson Luís. (2007). **Investigação defensiva: o direito de defender-se provando.** In Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v.64, p. 253-263, jan. 2007; FREITAS, Marcelo Eduardo. **O direito do indiciado a uma investigação defensiva e contraditória no inquérito policial.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1947, 30 out. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11907>>. Acesso em: 4 mar. 2018; MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva.** 2009. 212 f. Dissertação (Mestrado) – Orientador: Antonio Scarance Fernandes, Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009; FREITAS, Marcelo Eduardo. **O direito do indiciado a uma investigação defensiva e contraditória no inquérito policial.** 2009. **O direito do indiciado a uma investigação defensiva e contraditória no inquérito policial.** Acesso em: 4 mar. 2018; MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 191 p., 19 cm. ISBN 978-85-203-3706-6. Acesso em: 4 mar. 2018; SOUZA, Luiz Roberto Salles; ACANJO, Ana Carolina Buffulin G. **Investigação defensiva.** In: INSTITUTO DE ESTUDOS AVANÇADOS DE PROCESSO PENAL–ASF. Estudos de processo penal. São Paulo: Scortecci, 2011. Acesso em: 4 mar. 2018. p. 45-77; RASCOVSKI, Luiz. **A investigação criminal defensiva e o papel da defensoria pública na ampla defesa do investigado.** In: TEMAS relevantes de direito penal e processual penal. Coordenação de Luiz RASCOVSKI. São Paulo: Saraiva, 2012. Acesso em: 4 mar. 2018. p. 111-147; RASCOVSKI, Luiz. **Investigação criminal defensiva: uma luz no fim do túnel com sua previsão no novo Código de Processo Penal (projeto de lei 156/09).** Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 18, n. 219, p. 14-15., fev. 2011. Acesso em: 4 mar. 2018; MALAN, Diogo. **Investigação defensiva no processo penal.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 20, n. 96, p. 279-309, mai./jun. 2012. Acesso em: 4 mar. 2018; SAMPAIO, Denis. **Reflexões sobre a investigação defensiva: possível renovação da influência italiana pós “Código Rocco” sobre a indagine difensiva.** In: ADVOCACIA criminal, direito de defesa, ética e prerrogativas. Coordenação de Diogo MALAN, Flávio MIRZA. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. Acesso em: 4 mar. 2018. p. 96-120; MAURICIO, Bruno; HENRIQUE, Diego; MARTINELLI, João Paulo Orsini. **A possibilidade de investigação defensiva dentro do modelo constitucional brasileiro.** Revista Liberdades, São Paulo, v. 12, p.1-19, 31 abr. 2013. Quadrimestral. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/15/IBCC_RevistaLiberdades_n12_reflexao.pdf>. Acesso em: 4 mar. 2018; BALDAN, Edson Luís. **Devida investigação legal como derivação do devido processo legal e como garantia fundamental do imputado.** In: KHALED JR, Salah Hassan. (Org.). Sistema penal e poder punitivo, estudos em homenagem ao Professor Aury Lopes Jr. Ied. Florianópolis: Empório do Direito, 2014, v. 1, p. 156-184; VILARES, Fernanda Regina; BEDIN, Guilherme Augusto Campos; CASTRO, Pedro Machado de Almeida. **Investigação criminal: o Projeto de Código de Processo Penal e investigação defensiva.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 22, n. 107, p. 309-336., mar./abr. 2014. Acesso em: 4 mar. 2018; JÚLIO, Naydoo dos Santos. **A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELA DEFESA.** 2014. 60 f. TCC (Graduação) – Orientador: Alexandre Moraes da Rosa, Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014; NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas; NETO, Eurico da Cunha. **A Investigação Defensiva Como Corolário Da Igualdade Processual E Do Direito À Prova.** Revista Jurídica Unigran, Dourados, v. 17, n. 33, p.133-147, 31 jun. 2015; CORRÊA, Eduardo Pitrez de Aguiar. **Constitucionalismo cosmopolita, igualdade de armas e a investigação defensiva: apontamentos sobre um direito humano-fundamental.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 25, n. 127, p. 167-198., jan. 2017. Acesso em: 4 mar. 2018; ANDRADE, Andressa Paula de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **‘Scherlock Holmes’ no processo penal brasileiro? Lineamentos sobre a lei 13.432 de 11 de abril de 2017 e a investigação criminal defensiva.** Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 25, n. 296, p. 8-9., jul. 2017. Acesso em: 4 mar. 2018.

CFOAB), por ora, ou ainda o desenvolvimento de um arcabouço teórico que dê segurança à atuação do advogado na investigação defensiva, é certo que muitos profissionais se valem, ainda que parcialmente, dessa nova perspectiva, mesmo que intuitiva e/ou inconscientemente.

Fala-se isso, pois, desde sempre a advocacia “de alta performance” não se contenta com uma postura reativa, pautada com base na produção estatal da prova. Muito pelo contrário, grandes profissionais adotam uma postura proativa, diligente, que se abre do local asséptico e seguro do Escritório ao Mundo.

Há, pois, um nítido “choque” de cultura entre o perfil da “advocacia criminal de gabinete”, a qual se digna à produção defensiva apenas e tão somente quando a acusação já está posta e cristalizada, geralmente quando há efetivação da citação (artigo 351 e seguintes do CPP) do então acusado, cidadão-cliente.

Acerca deste ponto, após enxergar a evolução do modelo italiano, Édson Baldan faz as seguintes ponderações:

Perceptível que o advogado, nessa inédita sistemática, detém a direção, o controle e responsabilidade da investigação defensiva e, portanto, “não é mais o espectador passivo do desenrolar processual, mas assume um papel dinâmico no processo. Isto comportará naturalmente tempos de empenho mais dilatados e uma profusão de energia maior. Desaparece a velha figura do defensor de gabinete, assim como visto pelo cidadão — e admitimos por todos nós — porquanto também este defensor deverá ser sujeito dinâmico do processo.”¹⁷

Nesse contexto, diante da nova realidade trazida pelas megaoperações envolvendo, em regra, o que se convencionou chamar de Direito Penal Econômico, é preciso realizar algumas reflexões.

A primeira delas é que o prazo de defesa, em absoluto, continua muito exíguo. A regra legal aplicada em geral (artigo 396, CPP) delimita o prazo de 10 (dez) dias para que o acusado responda à acusação por escrito. Os prazos das Leis Especiais seguem mais ou menos o mesmo parâmetro.

Ocorre que os prazos fixados para se responder às acusações são, hoje, totalmente desproporcionais e, se poderia

.....
 17. 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, p. 07.

afirmar, desleais. Fala-se isso, pois há uma total disparidade de armas entre a acusação, que resta regulada quase que apenas pelo prazo prescricional para balizar sua atuação, e a Defesa, que dispõe de poucos dias para empreender a análise de todo o vasto material produzido pela acusação e ora posto ao seu escrutínio.

Nesse sentido, não é incomum, principalmente nessa área do Direito Penal Econômico, encontrar investigações com anos de duração, envolvendo um sem-número de medidas cautelares e uma vastidão documental que se apresenta humanamente impossível de se analisar no curto prazo dispensado à Defesa.

Daí surge a necessidade de atuação profissional assistida por agências de suporte à litígios e/ou *softwares* de processamento/cruzamento de dados e meta-dados. Sobre isso falaremos mais detidamente em tomo próprio.

Outro ponto que agrava esse problema da indefinição de prazos para investigações envolvendo os crimes atinentes ao Direito Penal Econômico é o fato de que em tais circunstâncias, como regra, apenas há prisões quando da deflagração da fase pública da operação, quando já se tem produzido todas as provas a partir das cautelares e do longo período de diligências e captação de informações em geral.

Isso faz com que os prazos para “investigado preso” na fase pré-processual passe ao largo dessas questões, enquanto que os prazos para conclusão do inquérito de “investigado solto” são totalmente ignorados. Por outro lado, a questão se torna mais grave ainda quando analisamos as investigações ministeriais diretas, pois não há qualquer diploma ou dispositivo legal que regule essa atividade, ficando os critérios para implementação à cargo exclusivamente do Conselho Nacional do Ministério Público a partir da edição de Resoluções (norma administrativa infra legal emitida pela própria Instituição).

Surge, assim, a necessidade de se iniciar a estratégia defensiva tão logo se tenha notícia, ou mesmo antes de qualquer “notícia oficial”. Explica-se: conforme se verá no tópico apropriado, a Investigação Defensiva pode ser dar a qualquer momento, inclusive antes mesmo de se confirmar se há ou não uma investigação estatal em curso, numa espécie de atuação *preventiva*, seja para adiantar a produção de provas (até mesmo periciais)

as quais não cabem dentro do exíguo prazo reservado à Defesa, seja para evitar o perecimento/desaparecimento de provas que no futuro já se saiba que possam ser relevantes, ou qualquer outra razão que se mostre à estratégia defensiva.

Nesse sentido, “perceptível que o advogado, nessa inédita sistemática, detém a direção, o controle e responsabilidade da investigação defensiva”¹⁸, havendo, portanto, uma guinada no papel e nas funções desempenhadas pelo Advogado no curso processual, sendo-lhe exigida uma postura proativa e, consequentemente, mais empenho e energia para consecução das suas demandas. Não se coaduna com esse modelo, pois, a figura do “defensor de gabinete”, avesso aos desafios que fujam do debruço intelectual e abstrato de teses jurídicas¹⁹.

18. *Op. cit.*, p. 07.

19. DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. *Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal brasileiro*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 304, p. , abr. 2018.

Capítulo 1

.....

DIREITO COMPARADO

Como já se falou, a Investigação Defensiva não é novidade no mundo. Para surgir e crescer com segurança, portanto, este tema no Brasil deve beber da fonte de onde já há muito isso é uma realidade, aproveitando para aprender com os erros já praticados e dificuldades enfrentadas, para espelhar as melhores práticas, sempre com foco no que pode ser aproveitado diante das especificidades nacionais.

Assim, é preciso reconhecer dois grandes modelos, que se tornam naturais referências para nós, cada qual ao seu modo.

Temos o modelo italiano, que surge de uma necessidade empírica detectada pela advocacia ao final da década de 1990, quando do refluxo causado pela *Operazione Mani Pulite* (Operação Mãos Limpas). A *Mani Pulite* é a referência maior e espelho da Operação Lava Jato brasileira, como escancaradamente os atores judiciais e ministeriais envolvidos assim o declaram, inclusive em publicações acadêmicas.

Na Itália, após anos dessa nova realidade trazida, a advocacia percebeu que estava a exercer um papel meramente protocolar, formal, o desempenho da Defesa nas Ações Penais envolvendo a *Mani Pulite*. Com isso, surge a necessidade de reinventar a participação defensiva no Processo Penal, a partir da instrumentalização probatória proativa e não mais *refém* da produção probatória estatal. Surge, assim, a *Investigazione Difensiva*.

Por outro lado, nos Estados Unidos da América, onde temos o *adversary system* puro e uma verdadeira implementação do sistema processual-penal acusatório, a atividade diligente do *Defense Counsel/Criminal Attorney* (advogado de defesa/advogado criminal) é considerado um dever (*duty to investigate*) segundo a *American Bar Association* (Associação dos Advogados do E.U.A.), ainda que o cidadão tenha confessado ou já tenha manifestado a intenção de confessar.

É, pois, uma tradição cultural dos advogados estadunidenses essa atuação proativa, já fazendo parte inerente da dinâmica dos advogados e bancas de advocacia, sendo muito comum observar nas representações audiovisuais de filmes e séries a figura do “detetive” como parte integrante de tais quadros profissionais.

Dessa forma, é salutar observar todo o caminho trilhado por ambos os países acima citados, para que se possam perceber os erros cometidos, assim como aprender com as dificuldades encontradas e com as soluções para superá-las, facilitando, assim, o espelhamento das melhores técnicas e práticas.

Com isso, entretanto, não se prega uma assimilação mimética e acrítica dos institutos citados; mas, por outro lado, que se otimize a formação teórica e profissional da advocacia brasileira, a partir do que já foi produzido de útil e importante no mundo, sempre a partir de um olhar crítico circunstanciado nas condições próprias da sociedade brasileira.

1.1. MODELO ITALIANO

Inicialmente, é importante frisar que existem – conforme já prefaciado – dois grandes modelos existentes quando se fala de Investigação Defensiva, no mundo. O modelo estadunidense, vamos tratar adiante; mas, de toda forma, vale a pena o lembrete de que, embora estejamos mais familiarizados com a forma de atuar da advocacia norteamericana (por causa da influência cultural, de filmes de *Hollywood* ou séries do *Netflix*, por exemplo), nosso modelo de tradição jurídica se assemelha muito mais ao italiano.

Não por outra razão, pois, apesar do projeto de regulamentação ora maturado no Brasil esteja bebendo, simultaneamente, de ambas as fontes acima citadas, é certo que a matriz determinante é muito mais inclinada à forma de fazer Investigação Defensiva da advocacia italiana.

E isso se deve a muitos fatores: desde a tradição jurídica de ambos os países, filiados à *civil law*, de base romano-germânica; passando por uma similitude cultural entre os povos das duas nações (Brasil e Itália); até o desenrolar dos fatos históricos que coincidentemente são apontados vetores e referências, uns dos outros, quando entramos no campo da análise das *mega* Operações *Mani Puliti* (Mãos Limpas) e Lava Jato.

Nesse sentido, fazendo um breve voo sobre alguns pontos

da história do combate ao crime italiano no século XX, vale a pena lembrar que o combate à Máfia Italiana, a qual depois passou a ser reconhecida como *Cosa Nostra*, se revelou contundente após a primeira quebra da “*Omertà*” – “pacto” de silêncio travado entre os integrantes dessas organizações. Esse personagem histórico foi *Tommaso Busceta*, integrante da máfia siciliana que revelou os engendros dessa complexa organização a *Giovanni Falcone*, entre outros *magistratos*²⁰.

O combate à máfia nessa etapa se estendeu pela década de 1980, chegando até o início dos anos 1990, culminando com os trágicos episódios terroristas os quais vitimaram fatalmente Falcone (23.5.1992) e seu adjunto, *Paolo Borsellino*, em atentados que ocorreram com um lapso temporal de 57 dias, na cidade italiana de *Palermo*.

Desde o início do combate organizado à *Cosa Nostra*, por outro lado, ainda em 1982, outro personagem da história judicial italiana, *Antonio Di Pietro* (ainda vivo), deflagrou uma operação que envolveu a máfia siciliana, o Banco do Vaticano e a Loja Maçônica *Propaganda Due* (P2). Esse episódio ficou conhecido como *Escândalo do Banco Ambrosiano*.

Anos depois, *Di Pietro* usou as informações que já possuía e as cruzou com as novas revelações trazidas pelo desencadear de fatos que resultou nos assassinatos de *Falcone* e *Borsellino*, e deflagrada, em Milão, aquela que ficou conhecida como Operação *Tangentopoli* (se referindo à “cidade do suborno”). Isso tudo ainda em 1992.

Os desdobramentos da *Tangentopoli*, que formalmente existiu até 1996 (apesar de desdobramentos posteriores), resultaram naquela que ficou conhecida como Operação *Mani Pulite* (ou “Mãos Limpas”), que atingiu praticamente todos os partidos políticos em operação e pôs fim ao que os historiadores chamaram de Primeira República Italiana (1948 – 1994).

Em outro vértice da análise, porém, há que se ressaltar efeitos colaterais severos, para além do destroçamento dos partidos políticos tradicionais e do desmantelamento da grande economia nacional. Há que se lembrar de inúmeras denúncias de irregularidades cometidas nas investigações, de táticas acusatórias que não respeitavam o *fair play* (como *overcharging*²¹), por exemplo, vários

20. Aqui, vale a pena mencionar que, na Itália, a palavra *magistrato* é utilizada para designar tanto Juizes, quanto Promotores, os quais fazem parte de uma mesma carreira funcional, apenas exercendo funções distintas em momentos diferentes. Talvez por isso a tradução da narrativa acerca da Operação Mãos Limpas coloque *Falcone* como Juiz, e não de Promotor, como de fato era.

21. O fenômeno do *overchargin* é identificado e problematizado no ambiente da

casos comprovados de erros judiciais, condenações injustas, as quais resultaram inclusive em suicídios (fala-se que, ao total, **doze** [12] acusados *lato senso* ceifaram suas próprias vidas). Estima-se que quase 3.000 (três mil) mandados de prisão foram expedidos, contando com mais 6.000 (seis mil) pessoas sob investigação.

Diante de todo esse contexto, se encontrava a advocacia criminal italiana, com a hercúlea missão de fazer valer os direitos e garantias das pessoas “sob a mira” das investigações, face ainda ao notório sentimento da população de insatisfação com a corrupção e com a forma então “tradicional” de se fazer política na Itália.

Surge, desse contexto, no final da década de 1990, a reflexão coletiva na advocacia e na sociedade italiana, de que a pessoa acusada *lato senso* de crimes pelo Estado, precisa, por meio da sua Defesa Técnica, estar dotada das prerrogativas e ferramentas adequadas para se defender provando, face à nova forma de atuar do estado, nos conhecidos *maxiprocessos*.

Observa-se com especial destaque a análise de Edson Baldan, conforme adiante transcrito:

Após a superação do modelo inquisitivo e a implantação do sistema acusatório no estatuto Rocco, assistiu o processo penal italiano à introdução da expressão “investigação do defensor”, pela primeira vez, com a alcunhada “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. Finalmente a Lei nº 397, de 07-12-2000, alterando os artigos 327 e 391 do código de ritos italiano, introduziu disposições específicas em matéria de investigação da defesa, atribuindo ao advogado o direito-dever de, coadjuvado ou não por peritos técnicos e investigadores privados, empreender inúmeras ações tendentes à produção de evidências probatórias favoráveis a seu assistido, para tanto sendo-lhe permitido: a) promover o colóquio não documentado, consistente na entrevista pessoal e informal a potenciais testemunhas; b) receber ou colher (sem a presença do imputado, da vítima ou de outras partes privadas) declaração escrita de pessoas, com a cominação de crime de falso testemunho (excluídas as que, já ouvidas no inquérito ou processo,

.....
common law, no geral, e nos Estados Unidos da América, em particular, há muito tempo. Como uma estratégia de se aumentar o poder de negociação em acordos de *plea bargain*, *plea guilty*, e outras formas de barganha penal, os promotores (*prosecutors*) possuem a prática de “inflar” as acusações com crimes que não teriam fundamento, apenas para forçar a ocorrência de um “acordo” ou melhorar os termos desses acordos na perspectiva da acusação.

estão proibidas de depor perante o defensor); c) requerer laudos periciais ou, então, produzi-los através de assistentes técnicos, d) efetuar vistoria em coisas ou inspecionar lugares públicos ou privados (exceto aqueles abrangidos pela expressão “casa”), em caso de dissenso do particular requerendo expedição de autorização judicial; e) solicitar documentos em poder da Administração Pública, deles extraindo cópias, e, finalmente, f) formar o instrumento para documentação dessas atividades visando ao seu posterior encarte em qualquer estágio do inquérito ou processo. Tal tarefa, não adstrita a ritos ou formas, pode ser desenvolvida em qualquer fase ou grau da persecução penal ou, ainda, em caráter meramente preventivo, isto é, diante da possibilidade de instauração de eventual procedimento criminal.²²

Dessa forma, seguindo na esteira da análise feita pelo Professor Baldan, a leitura do processo penal italiano deve ser feita, em especial antes das reformas a seguir tratadas, com base na raiz autoritária que possui, desde o Código Rocco (1930). Vale a pena frisar, como um importante dado histórico, que o *Codice Rocco*, feito e decretado pelo ditador fascista *Benito Mussolini*, é a inspiração declarada do nosso Código de Processo Penal Brasileiro, de 1941, que possui esse dado inclusive mencionado em sua *exposição de motivos*.

Profundas alterações foram feitas, pois, com a reforma do Código de Processo Italiano (CPPi) de 1988, que entrou em vigor em 1989. Nesse cenário, foram surgindo debates e inovações legislativas, no sentido de dotar a Defesa da possibilidade jurídica de interceder, de fato, no processo-crime.

Nesse panorama, a Lei n.º 332, de 08 de agosto de 1995, garantiu ao defensor o direito de apresentar ao Juiz os meios de prova obtidos com sua investigação, enquanto a Lei n.º 479, de 16 de dezembro de 1999, previu o dever do Ministério Público de fazer constar do aviso de conclusão das *indagini preliminari* a faculdade de o sujeito passivo depositar a documentação relativa à investigação defensiva.

Em 2000, com a Lei n. 397/00, intitulada *Disposizioni in materia di indagini difensive*, insere o artigo 327-bis do CPPi²³.

No plano constitucional, por outro lado, houve a introdução, em 1999, do princípio *del giusto* processo no artigo 111 da

22. 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. p. 06-7.

23. Ver também os artigos 103, 191, 391-bis, §6º, e 391-ter, 334-bis, do CPPi – o artigo 397-bis (*Attività investigativa del difensore*) e o Título VI-bis (Investigazioni difensive).

Constituição Italiana²⁴.

Começa a surgir, dessa forma, o cenário regulamentar que permitiu à advocacia italiana o florescimento e maturação de sua função investigativa, em matéria criminal. O tema passa a ser pauta das discussões acadêmicas e profissionais, atraindo a devida atenção da classe e da sociedade.

Assim, a *Unione della Camere Penali Italiane*, que é uma associação sem fins lucrativos que conta com mais de 8.000 advogados criminais; editou, em 2001, o “*Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive*”, que é um manual de deontologia²⁵, o qual visa fornecer aos advogados e advogadas criminalistas as melhores práticas e orientações para o bom desempenho desse mister.

Na Itália, portanto, a atividade da advocacia em sua função investigativa denomina-se *investigazioni difensive* ou *indagini difensive* e encontra respaldo constitucional, ainda, nos artigos 2, 24, e 111 da Constituição da República.

Ministério Público e a Polícia Judiciária italianos, por perseguirem o interesse público de realização da Justiça, devem investigar todos os fatos relacionados à suposta prática ilícita, inclusive os favoráveis ao sujeito passivo, conforme disposto no artigo 358 do CPPi.

24. A jurisdição atua-se mediante o justo processo regulado pela lei. Cada processo desenvolve-se no contraditório entre as partes, em condições de igualdade perante juiz terceiro e imparcial. A lei assegura a razoável duração. No processo penal a lei assegura que a pessoa acusada de um crime seja, no mais breve tempo possível, informada reservadamente sobre a natureza e os motivos da acusação dirigida ao seu cargo, disponha de tempo e das condições necessárias para preparar a sua defesa; tenha faculdade, perante o juiz, de interrogar ou de fazer interrogar as pessoas que fazem declarações sobre ele, obter a convocação e o interrogatório de pessoas para sua defesa nas mesmas condições da acusação e adquirir qualquer outro meio de prova a seu favor; seja assistido por um intérprete, se não compreender ou não falar a língua utilizada num processo. O processo penal é regulado pelo princípio do contraditório na formação da prova. A culpabilidade do arguido não pode ser provada com base em declarações dadas por quem, por livre escolha sempre se subtraiu voluntariamente ao interrogatório por parte do arguido ou do seu defensor. A lei regula os casos em que a formação da prova não tem lugar em contraditório por consenso do arguido ou por impossibilidade comprovada de natureza objetiva ou por efeito de conduta ilícita provada. Todas as providências jurisdicionais devem ser motivadas. Contra as sentenças e contra as providências sobre a liberdade pessoal, emitidos pelos órgãos jurisdicionais ordinários ou especiais, é sempre admitido o recurso no Tribunal de Cassação por violação de lei. Pode-se derrogar essa norma somente para as sentenças dos tribunais militares em tempo de guerra. Contra as decisões do Conselho de Estado e do Tribunal de Contas, o recurso no Tribunal de Cas sação só é admitido por motivos inerentes à jurisdição. Disponível em: < https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf>, Acessado em 12 fev. 2019.

25. Disponível em: <http://www.camerepenali.it/public/file/Documenti/REGOLE%20DI%20COMPORTAMENTO%20DEL%20PENALISTA.pdf> Mais informações em: <http://www.camerepenali.it/> Acessado em: 10 nov. 2018.

O artigo 327 do CPPi confere expressamente ao Ministério Público a direção das investigações, que, para executar tal atividade, pode dispor diretamente da Polícia Judiciária. A etapa investigatória, pré-processual, é nominada *indagini preliminari* e está regulada nos artigos 326 a 415 do CPPi.

Nas *indagini preliminari*, o Ministério Público é o condutor para apuração dos fatos, com as determinações dos artigos 358 a 378 da CPPi. Como primeira obrigação, e mais importante ao investigado, está o dever *informazione di garanzia*, que nada mais é que o dever de encaminhar ao sujeito passivo, antes da prática de qualquer ato para o qual se exige a presença de defensor, um comunicado oficial da investigação preliminar, no qual são indicados os seus direitos, as normas supostamente violadas, a data e o lugar em que se produziu o fato e a faculdade de nomear defensor de confiança.

Na Itália, para que uma pessoa seja considerada investigada, necessário se faz apenas que exista qualquer dado objetivo que aponte a investigação em seu sentido, sendo dispensado qualquer ato formal (artigo 335 do CPPi). Ademais, o artigo 61 do CPPi previu expressamente que os direitos e garantias do *imputato* (similar ao que temos por *indiciado*) aplicam-se também à *persona sottoposta alle indagini preliminari* (similar nosso suspeito e/ou investigado).

Na *indagine preliminar*, quando houver risco de periclitamento da prova, os atos de prova deverão ser produzidos em incidente específico com a participação da defesa (artigos 392 a 404 do CPPi).

No tocante ao aspecto temporal, os artigos 405 a 407 do CPPi fazem previsão de prazos de duração máxima para a investigação criminal, sob pena de inutilização dos atos investigatórios (*inutilizzabilità*). No que seria o procedimento “comum ordinário”, o prazo máximo para a conclusão das *indagini preliminari* é de dezoito meses, exceto se houver pendência de realização de algum incidente probatório. A partir da inscrição do nome do suspeito no registro da notícia de crime, a investigação deve se encerrar em seis meses, prorrogáveis por igual período. Se a complexidade dos atos exigir período maior de investigação, pode haver nova prorrogação por seis meses, desde que o Juiz das *indagini*, ou “Juiz de Garantias”, tenha autorização do órgão colegiado (artigos 405 e 406 do CPPi).

O artigo 407, 3, do CPPi, prescreve, conforme já falado, a pena de “*inutilizzabilità*”. Tal norma versa que “*qualora il pubblico*

ministero non abbia esercitato l'azione penale o richiesto l'archiviazione nel termine stabilito dalla legge o prorogato dal giudice, gli atti di indagine compiuti dopo la scadenza del termine non possono essere utilizzati" (ou, em tradução livre: "se o promotor não tiver exercido a ação penal ou solicitado o arquivamento dentro do prazo estabelecido pela lei ou prorrogado pelo juiz, os atos de investigação realizados após o termo do prazo não poderão ser utilizados").

O artigo 190 do CPPi, que consagrou o direito à prova, constitui o pressuposto básico da investigação defensiva. No artigo 38 do CPPi, por outro lado, se facultava ao defensor apresentar diretamente ao Juiz os elementos produzidos e/ou coletados na investigação particular. Essa interface proporcionou o efetivo direito de se defender provando.

Sob outra ótica, o artigo 103, 2, do CPPi, proibiu o "sequestro de documentos em poder do defensor, do investigador privado autorizado e do assistente técnico, salvo se constituírem corpo de delito".

Existem garantias formais ao defensor, como a prevista no artigo 116, 3-bis, do Código de Processo Penal, o qual previu que o defensor, ao apresentar qualquer informação à Autoridade Judiciária – inclusive o resultado material de sua investigação – tem direito à emissão de atestado e pode extrair cópia do que foi depositado; e ainda, no artigo 197, 1, "d", e no artigo 200, 1, "b", ambos também do CPPi, se "veda a inquirição, como testemunha, do defensor, do investigador privado autorizado e do assistente técnico, por estarem acobertados pelo sigilo profissional".

Ainda, prevê o artigo 233, 1-bis, do CPPi que o "direito das partes privadas à prova técnico-científica, consistente na possibilidade de o defensor indicar assistente técnico" para (i) examinar as coisas sequestradas no lugar em que se encontram, (ii) intervir em inspeções ou (iii) examinar o objeto de inspeções que não presenciou. Este pleito de assistência técnica deve ser chancelado pelo *Parquet*, na fase de investigação preliminar, ou pela Autoridade Judiciária, após o início da Ação Penal.

Ainda na intenção de garantir melhores condições de atuar à advocacia investigativa italiana, no artigo 362, 1, do CPPi se proibiu o Ministério Público, ao ouvir pessoas que prestaram depoimento na investigação defensiva, de indagar sobre as questões formuladas pelo defensor e suas respectivas respostas.

É digno de especial menção, ainda, a criação do título VI-bis

no livro quinto do Código de Processo Penal, composto de nove artigos (391-bis a 391-decies), os quais elencam os métodos de investigação cabíveis à advocacia italiana, enumeradas em sequência:

- Artigo 391-bis: colóquio, recebimento de declarações e obtenção de informações por parte do defensor.
- Artigo 391-ter: documentação das declarações e das informações.
- Artigo 391-quater: requisição de documentos à Administração Pública.
- Artigo 391-quinquies: poder de sigilo do Ministério Público.
- Artigo 391-sexies: acesso a lugares e documentos.
- Artigo 391-septies: acesso a lugares privados ou não abertos ao público.
- Artigo 391-octies: fascículo do defensor.
- Artigo 391-nonies: atividade de investigação preventiva.
- Artigo 391-decies: utilização da documentação da investigação defensiva.

Vê-se, claramente, a semelhança das previsões legais feitas no CPPi, com aquelas elencadas no Provimento n.º 188/2018-CFOAB, os quais serão abordadas em tópico próprio.

Em derradeira análise, cabe ainda lembrar que o modelo italiano previu, no artigo 371-bis do Código Penal italiano, o tipo penal de "prestação de informações falsas ao investigador privado", enquanto que o projeto de Reforma Global do Código de Processo Penal brasileiro (PLS n.º 236/2012), ao dispor quanto ao delito de falso testemunho, não contempla a possibilidade de configuração do crime nos casos em que o agente presta falsas informações a investigador privado.

É certo, por conseguinte, que existem muitas semelhanças do modelo italiano ao nosso, e isso se explica pela parença das nações e das tradições jurídicas, assim como das similitudes entre os povos e as culturas. Há muito o que aprender e partilhar com a Itália, portanto, para que se possa aprender com os erros e acertos, evitando retrabalho e otimizando a maturação desse tema no Brasil.

1.2. MODELO ESTADUNIDENSE

Falar do modelo estadunidense, no Brasil, é de mais fácil compreensão/assimilação geral, em razão da aproximação cultural e da invasão secular do *american way of life* aqui presenciada.

Desde filmes clássicos do cinema de *Hollywood*, até as produções mais recentes da linha *Netflix*, é difícil encontrar um exemplo que retrate a advocacia americana, sem se denotar um perfil proativo, autônomo, no sentido de produção probatória, unilateral e/ou antecipada.

Na *Netflix*, podem se encontrar vastos exemplos, de produções próprias e de outras fontes, seja na perspectiva das séries documentais, seja na linha de narrativas fictícias. Quanto às séries fictícias, é possível citar desde *Suits* até *Black Earth Rising*, passando por *The Good Wife* e sua irreverente personagem *Kalinda*, detetive particular integrante banca de advocacia onde se retrata a história.

Muito mais interessante, no entanto, é o debruce sobre as séries documentais as quais narram os enredos dos casos concretos históricos que se tem notícia, tanto a partir da representação cinematográfica da história real (O Povo Contra O.J. Simpson, Amanda Knox, entre outros), quanto na linha das chamadas séries documentais (*Staircase, Making A Murderer, The Confession Tapes* etc.), as quais retratam episódios, enredos e personagens a partir das fontes diretas destes conteúdos (inclusive com entrevista das pessoas que viveram aquilo).

E esse perfil da advocacia estadunidense, não se restringe à esfera criminal. Quando se observa, ilustrativamente, os advogados da série *Suits*, percebe-se que a atuação majoritária do escritório se relaciona às questões corporativas e civilistas. E isso tem sua razão de ser.

Para além da licença de uso do exemplo acima narrado, quando se tem contato com o mercado advocatício dos EUA e seus profissionais, vê-se que o tema da investigação defensiva não é naturalmente concebido como algo dissociado da atuação em geral da advocacia, causando até certo estranhamento o estudo setorizado da matéria. E isso em todas as áreas, para além da criminalista.

Isso se deve, em grande medida, ao tradicional modelo adversarial que opera no exemplo americano, desde o âmbito cível *lato senso*, até mesmo às querelas criminais envolvendo Estado e cidadãos.

O próprio conceito de barganha penal, ou Justiça Penal Negociada – tema o qual não caberia aqui e foge ao escopo desta obra²⁶

26. Para uma leitura mais específica e aprofundada sobre o tema, indico VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. BARGANHA E JUSTIÇA CRIMINAL

–, é sintomático desse modelo, onde até mesmo os bens jurídicos penalmente relevantes, bem como suas ofensas mais graves passam à esfera de disponibilidade e integram um “balcão de negócios” no qual a *moeda é informação* e o objetivo sistêmico é a celeridade, o utilitarismo e o eficientismo (em detrimento de direitos e garantias materiais e processuais).

Essa postura indissociavelmente tratada, entre: 1) a forma habitual de agir, e 2) a busca incessante pelo exaurimento das formas e meios privados de obtenção das informações; é tratada pela própria *American Bar Association* (ABA), que seria o equivalente à Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), sendo que norteamericana.

Ao contrário da omissão normativa encontrada no Brasil, a nível de orientação para a atuação da advocacia criminal, nos EUA existem instruções normativas que abordam, em alguns casos minuciosamente, a forma de agir do advogado criminal.

Dentre esses instrumentos normativos, sem dúvidas dois se destacam como mais importantes, quais sejam: a) o *Criminal Justice Standards for the Defense Function*²⁷ (Padrões para a atuação do Advogado de Defesa para a Justiça Criminal, em tradução livre) e b) *Guidelines for the Appointment and Performance of Defense Counsel in Death Penalty Cases*²⁸ (Diretrizes para a Nomeação e Desempenho do Advogado de Defesa nos Casos de Pena de Morte, em tradução livre), ambas da ABA; sendo este último relativo apenas aos casos onde há previsão legal de pena de morte.

Por outro lado, o livro dos *Standards for The Administration*

NEGOCIAL: análises das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015. 241 p. (Concurso de Monografias de Ciências Criminais).

27. Estabelece um dever de investigar ao advogado (Norma 4-4.1 a), o qual deve pautar sua atuação com respeito a obrigações de sigilo (Norma 4-1.3 a), lealdade (Norma 4-1.3 b), manter o defendido informado quanto ao desenvolvimento do processo e às potenciais alternativas (Norma 4-1.3 d), não assumir uma carga de trabalho que lhe interfira na qualidade de seu serviço (Norma 4-1.8), dever de discutir potenciais fontes de informações úteis, evidência e investigação (Norma 4-3.3 c), não se limitando ao material produzido pela acusação (Norma 4-3.7 b) e, caso necessário, exige deste que tome as medidas necessárias com o fim de garantir que as evidências físicas sejam preservadas, sugere que seja buscada a oitiva de todas as testemunhas, incluindo a(s) vítima(s), as quais devem ser conduzidas de forma a não intimidá-las ou constrangê-las (Norma 4-4.3 c), não devendo ser utilizados métodos que deturpem a identidade do entrevistador ou o seu interesse no depoimento (Norma 4-4.3 d), refere ser desnecessário advertir ao entrevistado quanto ao seu direito ao silêncio ou ao direito de se fazer acompanhar por um advogado (Norma 4-4.3 g) e sugere ao investigador que se faça acompanhar por pessoa com credibilidade caso venha a tomar o depoimento de pessoa previsivelmente hostil (Norma 4-4.3 f), dentre outros.

28. Minucioso roteiro quanto à postura que deve ser adotada pelo defensor nos processos criminais que podem ensejar a pena de morte, estabelecendo elementos que uma investigação defensiva apropriada deve cumprir.

of *Criminal Justice* (Padrões para a administração da justiça penal, em tradução livre) carrega muitas prescrições à advocacia criminal, mas também se debruça especificamente sobre o tema da investigação defensiva, ou o que lá é nominado como *duty to investigate* (dever de investigar, em tradução livre).

Esse instituto está previsto no tópico 4-4.1 do livro dos *Standards*, que trata da matéria como um verdadeiro *dever de agir* do “advogado de defesa”, independentemente inclusive da confissão do cliente, ou de sua manifestação prévia acerca da materialidade e autoria dos crimes cometidos, conforme se pode ver adiante:

Norma 4-4.1 Dever de investigação *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. *(b)* O advogado de defesa não deve buscar adquirir a posse de elementos de prova pessoalmente ou por intermédio de um investigador quando seu único propósito for o de obstruir o acesso a essa prova. (tradução livre)

Conforme pode ser visto acima, o “advogado de defesa” *deve* conduzir imediatamente uma investigação defensiva para apurar as circunstâncias do fato posto sob seu escrutínio, explorando *todas* as vias disponíveis, o que inclui técnicas de investigação e recursos tecnológicos obviamente, tanto para apurar qualquer dado que influa na aplicação da pena, quanto do julgamento em geral.

Aqui se está a explicar a relação do tema com a esfera criminal²⁹, e sua importância se avulta quando vemos o tratamento da matéria dado pela própria *American Bar Association* (ABA), pois expressamente a determina como um dever do “advogado de defesa”, incluindo aí as diligências devidas para angariar todas as informações em posse da Polícia Judiciária e do Ministério Público, dever esse que existirá, ainda, até mesmo se o acusado houver confessado a prática delitiva.³⁰

29. Contudo, não se despreza, e é preciso que se esclareça isso desde logo, a importância e adequação das práticas de Investigação Defensiva em diversas, talvez todas, as searas da advocacia.

30. Disponível em: <https://www.americanbar.org/portals/government_public_sector_lawyers.html>. Acesso em 12 mar 2018.

O livro dos *Standards* contém, na sua Parte I, alguns deveres genéricos do advogado criminalista. A norma 4-1.2 (b), por exemplo, institui o dever do defensor técnico de propiciar representação efetiva e de qualidade ao acusado. As normas 4-1.3 (a) e (e), por sua vez, instituem os deveres de atuação profissional com razoável diligência e presteza, além de ressaltar que o defensor não deve ter um volume de trabalho excessivo, que interfira em uma representação de qualidade.

Na Parte IV, que versa sobre investigação e preparação (*investigation and preparation*) para o julgamento, é encontrada na norma 4-4.1 que institui, conforme já falado, o dever de investigação criminal (*duty to investigate*).

A norma 4-4.2, por outro lado, veda o advogado de utilizar quaisquer meios ilegais para obter elementos de prova ou informações, e de instruir ou encorajar terceiros pessoas a fazê-lo. Já a norma 4-4.3 disciplina as relações entre o advogado de defesa e potenciais testemunhas, prevendo: i) proibição de quaisquer meios que não tenham outro propósito senão constranger, atrasar ou sobrecarregar a testemunha, e de métodos de obtenção de provas que violem os direitos dela; ii) proibição de remunerar a testemunha (salvo o perito), fora aquelas despesas razoáveis decorrentes do comparecimento a Juízo (transporte; lucro cessante etc.), desde que não haja tentativa de ocultar tal remuneração; iii) desnecessidade de se advertir a testemunha quanto à autoincriminação e ao direito de assistência jurídica, ao ensejo da entrevista dela; iv) proibição de se desencorajar ou obstruir a comunicação entre testemunhas em potencial e a parte processual acusadora ou os advogados de defesa de corréus; v) dever de evitar se entrevistar sozinho com a testemunha, exceto se o advogado de defesa estiver disposto a abrir mão dos direitos tanto de contraditá-la com base no teor da sua própria entrevista quanto de renunciar ao patrocínio da causa para que o seu próprio testemunho traga supedâneo a tal contradita.

As relações entre o advogado e os peritos são escrutinadas na norma 4-4.4. Sucintamente, a regra em análise traz o dever de respeitar a independência do perito, evitando influenciar a formação da opinião dele sobre a questão objeto da perícia. Afora isso, é proibido o pagamento de honorários vultosos e excessivos com a finalidade de influenciar o teor do testemunho do perito em Juízo, ou combinar um valor de honorários condicionado a esse teor ou ao resultado final do julgamento.

Na norma 4-4.5, é previsto o dever de cooperar com os procedimentos de compartilhamento de provas (*discovery*), devendo o advogado de defesa fazer esforço razoavelmente diligente para atender pedido legal de revelação dos elementos de prova que estejam na sua posse (*discovery request*).

Por outro lado, aponta-se como um fundamento constitucional do *duty to investigate*, que acaba sendo um poder-dever para o “advogado de defesa” e um direito para o cidadão americano, decorrente da VI Emenda à Constituição dos EUA, a seguir reproduzida:

VI Emenda: “Em todos os processos criminais, o acusado terá direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito esse que será previamente estabelecido por lei, e de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação; de ser acareado com as testemunhas de acusação; de fazer comparecer por meios legais testemunhas da defesa, e de ser defendido por um advogado” (tradução livre)

Entende-se, pois, que as expressões “o acusado terá direito (...) de ser acareado com as testemunhas de acusação, de fazer comparecer por meios legais testemunhas da defesa, e de ser defendido por um advogado”, constituem o arcabouço sistêmico do qual decorre a investigação defensiva, do plano constitucional, no modelo americano.

A Suprema Corte Americana já se manifestou algumas vezes sobre o assunto, de forma direta ou colateral, principalmente nos casos que ficaram conhecidos como: i) Caso Strickland vs. Washington; ii) Caso United States vs. Cronin (ambos em 1984); iii) Caso Wiggins vs. Smith (2003)*; iv) Caso Bobby vs. Van Hook (2009); e v) Caso Padilla vs. Kentucky (2010).

Capítulo 2

.....

ELEMENTOS NORMATIVOS FUNDANTES

Para prosseguir na discussão, precisamos partir para o início da formação do modelo possível/adequado de investigação defensiva no Brasil. Nesse intento, não poderíamos deixar de abordar, de forma prefacial, todo o arcabouço normativo justificador e legitimador desta prática.

Com esse objetivo, é preciso descortinar vários planos normativos os quais estão sobrepostos e em relação mútua, coexistindo e formando um todo, o ordenamento jurídico brasileiro. Sendo assim, passaremos da análise dos tratados e convenções internacionais os quais o Brasil é signatário e incorporou ao Direito interno, às normas do bloco constitucional, transitando por todo o conjunto de Leis *lato senso* do nosso país, terminando com a consideração acerca das normativas ético-disciplinares (administrativas ou *infra* legais) atinentes à advocacia e aos advogados brasileiros, incluindo a análise do provimento nº 188/2018 CFOAB. Tudo isso partindo da perspectiva do que já está posto como Direito positivado.

Quanto ao Direito Internacional, há vasto e antigo tratamento dispensado à efetivação da ampla defesa, sob a ótica da garantia dos “meios e recursos a ela inerentes”. Tal matéria veio disciplinada em diversos diplomas, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966)³¹, a Convenção Americana de Direitos Humanos, o conhecido Pacto de São José da Costa Rica (1969)³², ou ainda o Estatuto de Roma (1998)³³, o qual instituiu o Tribunal Penal Internacional, jurisdição internacional à qual o Brasil está submetido desde 2002.

Sob outra ótica, adentrando no Direito nativo, é preciso

.....
31. Internalizado no Direito pátrio por meio do Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992.

32. Internalizado no Direito pátrio por meio do Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992.

33. Internalizado no Direito pátrio por meio do Decreto n.º 4.388, de 25 de setembro de 2002.

observar que muitos dos valores, dispositivos e garantias previstas nos tratados internacionais acima mencionados, e outros mais, foram absorvidos pelo texto constitucional de 1988, com posteriores modificações as quais não as sufragaram – pelo contrário.

Sendo assim, pode-se falar que existe um arsenal de argumentos constitucionais que, direta ou indiretamente, remetem à investigação defensiva como um direito-dever do Advogado, e uma garantia fundamental do cidadão acusado pelo Estado sob qualquer pretexto.

Em primeiro lugar, tem-se desde o texto constitucional originário, segundo o qual “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão (...)” (artigo 133, CF)³⁴. Esse foi um tratamento de extremo relevo dado pelo Constituinte originário, o qual deve nortear a visão constitucional acerca do tema.

Como elementos constitucionais fundantes da investigação defensiva, pois temos a salvaguarda dos princípios da igualdade (artigo 5º, *caput*, CF³⁵), do devido processo legal (artigo 5º, LIV, CF³⁶), do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV, CF³⁷). Ainda, é possível se alegar que a segurança pública é direito e responsabilidade de todos (artigo 144, CF³⁸), inclusive do advogado no exercício das suas funções³⁹.

Ainda há a discussão acerca do sistema processual penal acusatório, adversarial, com divisão clara dos papéis de acusar, defender e julgar, e ainda com a tendência de submeter às partes a iniciativa e gestão probatória. Tudo isso, implicitamente. E daí decorre também a discussão acerca da paridade de armas, pressuposto lógico do

34. Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

35. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...).

36. Art. 5º (...) LIV –ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (...)

37. Art. 5º (...) LV –aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (...)

38. Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: (...)

39. DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. *Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal brasileiro*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 304, p., abr. 2018.

sistema acusatório, consectário dos princípios do contraditório e da ampla defesa, tudo isso sendo melhor desenvolvido a seguir.

Aprofundando a análise normativa, descemos ao patamar das leis *lato sensu*, abarcando as normas esposadas nos mais diversos diplomas espalhados pelo nosso ordenamento, com variadas ferramentas jurídicas de diversas áreas – não somente criminal, e com legislações que atravessaram todo o século XX até os idos do século XXI.

Estamos tratando do Código de Processo Penal de 1941, com suas inúmeras alterações e minirreformas, em dispositivos como a *Notitia Criminis* (artigo 5º, §3º, CPP) e a Assistência à Acusação (artigo 268, CPP), ou o pedido de Busca e Apreensão (artigo 242, CPP) pelo acusado/ofendido, etc.

Mas também estamos tratando de diversos outros diplomas como o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei Federal n.º 8.906, de 4 de julho de 1994), a Lei de Acesso à Informação (Lei Federal n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011), a Lei de Registros Públicos (Lei Federal n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973), ou ainda a novel Lei de Regulamentação da Profissão de Detetive Particular (Lei Federal n.º 11 de abril de 2017).

Por fim, pretende-se fazer um escrutínio acerca das normas administrativas, emitidas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, e suas respectivas seccionais. Nesse ponto, almeja-se discutir as normas postas quanto ao Código de Ética e Disciplina da OAB (Resolução n.º 02/2015-CFOAB), o Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB (artigo 54, V e 78, da Lei n.º 8.906/1994), Resoluções, Instruções Normativas e Provimentos⁴⁰.

Salienta-se ainda, que a análise do Provimento n.º 188/2018-CFOAB será feita em tomo próprio (tópico 3.2), assim como a discussão acerca da necessidade de criação dos Códigos Deontológicos e suas respectivas formatações (tópico 6.3).

2.1. ELEMENTOS INTERNACIONAIS

Para iniciar a discussão acerca dos elementos normativos que legitimam, desde logo, a adoção da investigação defensiva no Brasil, é preciso passar à leitura dos tratados e convenções

40. Para consultar, acesse: <http://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao>.

internacionais aos quais o país se submeteu, por meio da assinatura e incorporação no ordenamento jurídico interno.

Já houve uma severa discussão acerca da natureza jurídica das normas internacionais absorvidas, em especial quando se trata de matéria que versa sobre direitos humanos. Dois marcos pacificaram, ainda que momentaneamente, essa questão.

O primeiro deles é a edição da Emenda Constitucional n.º 45, denominada “Reforma do Judiciário”, e promulgada no dia 30 de dezembro de 2004. Essa Emenda à Constituição insere, dentre outros dispositivos, o novel §3º no artigo 5º, corolário dos direitos e garantias fundamentais. Tal artigo prescreve que “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

Sendo assim, quando a matéria detiver conteúdo relativo aos Direitos Humanos, e a norma for incorporada com o rito especial do processo legislativo das Emendas à Constituição, aquela norma terá valor e integrará o bloco constitucional.

Até o momento, apenas o texto relativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007, foi incorporada sob este regime.

Por outro lado, quando a incorporação se der com o rito ordinário de processo legislativo, teremos uma segunda situação, fixada com o *leading case* julgado pelo STF no Recurso Extraordinário n.º 349.703.1/RS, sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes. A tese vitoriosa no julgamento foi a de que tais normas possuem caráter *supra legal*, sobrepondo-se ao ordenamento jurídico ordinário interno, e se submetendo ao bloco constitucional.

Com isso, se realizou o exame de *convencionalidade* a respeito da possibilidade de prisão civil por dívida do depositário infiel (artigo 652⁴¹ do Código Civil de 2002) em detrimento da normativa trazida pelo *Pacto de San José da Costa Rica* (em seu artigo 7º, item 7⁴²) e também no *Pacto Internacional de Direitos*

41. Art. 652. Seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos.

42. Artigo 7º–Direito à liberdade pessoal (...) 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente

Civis e Políticos (artigo 11)⁴³.

Passando, então, à análise dos diplomas, temos a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) a qual prevê, no bojo do seu artigo XI, o direito de todo acusado *lato sensu* a: “julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”. Esse “documento é a base da luta universal contra a opressão e a discriminação, defende a igualdade e a dignidade das pessoas e reconhece que os direitos humanos e as liberdades fundamentais devem ser aplicados a cada cidadão do planeta”⁴⁴.

Por outro lado, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966)⁴⁵, coroa os direitos a: “dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa” (artigo 14, 3, b) e “obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação” (artigo 14, 3, e).

Ainda, a Convenção Americana de Direitos Humanos, o chamado Pacto de São José da Costa Rica (1969)⁴⁶ determina a: “concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa” (artigo 8, 2, c) e, por fim, o “direito da defesa de (...) obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos” (artigo 8, 2, f).

Por derradeiro, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional⁴⁷ igualmente se preocupa em assegurar aos acusados o direito a dispor do tempo e dos meios necessários à preparação das suas defesas (artigo 67, 1, b), obter o comparecimento das testemunhas de defesa na mesma condição das testemunhas da parte processual acusadora e “apresentar defesa e a oferecer qualquer outra prova admissível, de acordo com o presente Estatuto” (artigo 67, 1, e).

Sendo assim, é notório o tratamento de destaque dado no

expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

43. ARTIGO 11 Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual.

44. Disponível em: < <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2009/11/declaracao-universal-dos-direitos-humanos-garante-igualdade-social> >

45. Internalizado no Direito pátrio por meio do Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992.

46. Internalizado no Direito pátrio por meio do Decreto n.º 678, 6 de novembro de 1992.

47. Internalizado no Direito pátrio por meio do Decreto n.º 4.388, de 25 de setembro de 2002.

cenário do Direito Internacional à matéria, sendo assim visual o reconhecimento da importância do Direito de Defesa no plano jurídico externo. Passemos, pois, à análise do Direito brasileiro.

2.2. ELEMENTOS CONSTITUCIONAIS

Em primeiro lugar, tem-se desde o texto constitucional originário que “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão (...)” (artigo 133, CF)⁴⁸. Este foi um tratamento de extremo relevo dado pelo Constituinte, o qual deve nortear a visão constitucional acerca do tema.

Como elementos constitucionais fundantes da investigação defensiva, pois, temos a salvaguarda dos princípios da igualdade (artigo 5º, *caput*, CF⁴⁹), do devido processo legal (artigo 5º, LIV, CF⁵⁰), do contraditório, e da ampla defesa (artigo 5º, LV, CF⁵¹). Ainda, é possível se alegar que a segurança pública é direito e responsabilidade de todos (artigo 144, CF⁵²), inclusive do advogado no exercício das suas funções⁵³.

Se pode conceber, por outro lado, como argumento de assento constitucional a legitimar o exercício da investigação defensiva no Brasil, o princípio do livre exercício das profissões, previsto no artigo 5º, XIII, CF⁵⁴.

Ainda há a discussão acerca da sistemática processual penal acusatória, adversarial, com divisão clara dos papéis de acusar, defender e julgar, e ainda com a tendência de submeter às partes a iniciativa e gestão probatória. Tudo isso, implicitamente. E daí

48. Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

49. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...).

50. Art. 5º (...) LIV—ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (...)

51. Art. 5º (...) LV—aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (...)

52. Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: (...).

53. DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. *Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal brasileiro*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 304, p. , abr. 2018.

54. Art. 5º (...) XIII—é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; (...)

decorre também a discussão acerca da paridade de armas, pressuposto lógico do sistema acusatório, consectário dos princípios do contraditório e da ampla defesa, tudo isso sendo melhor desenvolvido a seguir.

A paridade de armas no processo penal é uma necessidade democrática a qual visa o aprimoramento das instituições que compõe 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”⁵⁵.

Nesse sentido, observe-se a lição de Luigi Ferrajoli, *in verbis*:

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 estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciais e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações.⁵⁶

Há, ainda, uma especial 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.⁵⁷ Isso será tratado adiante, em tópico próprio.

2.2.1. SEGURANÇA PÚBLICA COMO DIREITO E DEVER DE TODOS

Apesar de a Constituição Federal enumerar⁵⁸ um rol taxativo de órgãos públicos encarregados pela Segurança Pública, a clareza da redação do *caput* do artigo 144 não deixa margem de dúvidas acerca da amplitude do direito à Segurança Pública e do dever de todos de provê-la.

55. Op. Cit.

56. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 490.

57. Op. Cit.

58. Art. 144. (...) I—polícia federal; II—polícia rodoviária federal; III—polícia ferroviária federal; IV—polícias civis; e V—polícias militares e corpos de bombeiros militares.

Da simples redação do citado dispositivo, pode-se observar o alegado, conforme se vê a seguir: “Artigo 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (...)”.

Tem-se clara, pois, a intenção do Constituinte em impor a Segurança Pública não só como dever do Estado, mas também como uma “responsabilidade de todos”. Se pode falar, ainda, da análise dessa redação, que os objetivos fulcrais da Segurança Pública são: i) preservação da ordem pública; ii) preservação da incolumidade das pessoas; e iii) preservação da incolumidade do patrimônio.

Sob todas essas perspectivas, pode-se falar que a investigação defensiva traz um ganho social o qual incrementa o trabalho estatal. Incrementa e, em alguns casos, supre um verdadeiro *vácuo* institucional existente. Fala-se isso em razão das dificuldades humanas e materiais presentes em muitos dos órgãos públicos encarregados pela Segurança Pública.

Nesse ínterim, não é incomum que, por exemplo, vítimas de crimes não sejam restauradas pelo Estado, seja pela reparação do prejuízo financeiro causado pelo crime, seja pela reparação moral de ver os responsáveis por tais ilícitos serem identificados e alcançados pelo *ius puniendi*. Para ilustrar isso, basta ver as taxas nacionais de resolução de homicídio (4%) e de crimes patrimoniais (0,5%), o que desestimula até mesmo que o cidadão busque o Estado nessas circunstâncias, pela crença de que não haverá qualquer resposta estatal⁵⁹.

Por outro lado, também é comum ouvir falar de casos onde houve erro judicial e um inocente passou a ser indiciado, acusado, condenado e cumpridor de pena, quando na verdade outros sujeitos cometeram aquelas infrações penais. Fala-se que um erro judicial para condenar um inocente seria o suficiente para deslegitimar todo o sistema penal, sendo mais justo que se absolva 1.000 culpados do que se condene um inocente.

Esse segundo problema também pode ser amenizado com a

59. IPEA. **Crimes violentos contra o patrimônio**. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/link/8/crimes-violentos-contra-o-patrimonio>>. Acesso em: 03 maio 2019; FBSP; **Atlas da Violência 2018**. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/publicacoes/atlas-da-violencia-2018/>>. Acesso em: 20 maio 2019. FBSP. **Tableau patrimoniais (tabela de crimes patrimoniais)**. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/estatisticas/tableau-patrimoniais/>>. Acesso em: 20 maio 2019.

investigação defensiva, uma vez que a Defesa terá mais condições de demonstrar uma linha investigatória/acusatória equivocada, podendo inclusive apontar as inconsistências a partir de elementos probatórios, ou apontar outras linhas investigatórias até então desconhecidas ou ignoradas. Com isso, pode-se, por exemplo, chegar a outro suspeito que seja realmente o autor do crime.

A certeza, seja por uma linha ou por outra, é que a investigação defensiva vem para aprimorar os resultados buscados e obtidos na Segurança Pública, através de uma ampliação do campo cognitivo das investigações públicas.

Há, dessa forma, uma finalidade preventiva na investigação defensiva, que serve (i) em alguns momentos para fomentar, através do controle externo, 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. Sendo importante perceber que a potencialidade da *segunda* medida, acarreta um efeito pedagógico fomentador da *primeira*⁶⁰.

Outrossim, pode-se falar em um ganho quantitativo da Segurança Pública, diante do vácuo estatal quanto ao tratamento e respaldo dado às Vítimas de crimes, sejam pessoas físicas sejam jurídicas. O que se tem, pois, é um verdadeiro limbo dos cidadãos e empresas brasileiras, quando muitas vezes são vitimados em crimes, sendo que nem o Ministério Público investiga e soluciona muitos dos casos (por seletividade investigativa) nem a Polícia Judiciária (por absoluta precariedade material e tecnológica).

Surge daí, como já falado, uma oportunidade de ressignificação da advocacia criminal, a partir tanto dos interesses das vítimas, quanto da valorização de sua função de evitar erros judiciais e equivocadas condenações.

Outros aspectos, um pouco mais delicados, tratam da prevenção às ocorrências criminosas, e a repressão aos delitos. Isto porque existe uma falsa impressão de que o advogado, em especial o criminalista, não tem entre suas atribuições qualquer colaboração, preventiva ou repressiva, com a Segurança Pública. Muito pelo contrário, se imputam injustamente aos criminalistas muitas das mazelas da Segurança Pública, do Sistema de Justiça Criminal e do Sistema Penitenciário, alçando-os, em especial, em alguns

60. DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal brasileiro**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 304, p. , abr. 2018.

discursos fáceis vendidos pela mídia marrom, a um patamar quase de inimigos da sociedade⁶¹.

Infelizmente, passa ao largo dos noticiários e do imaginário popular, por exemplo, a importância do advogado que acompanha e monitora a investigação, apontando precocemente erros e nulidades que poderiam desperdiçar muito da atividade estatal se somente fossem arguidas tardiamente, ou a credibilidade que confere a presença de um advogado a um depoimento/interrogatório colhido em sede policial, ou ainda o importante desempenho de alguns desses profissionais no auxílio direto da persecução penal e das instruções processuais enquanto assistentes⁶² das vítimas e acusações.

2.3. ELEMENTOS LEGAIS

Como já frisado, a investigação defensiva é um poder-dever da advocacia criminal para com os acusados (*lato senso*), estando implicitamente resguardada nos mais diversos níveis normativos, incluindo o ordenamento jurídico-legal interno do nosso país⁶³.

Há muitas Leis as quais podem servir de supedâneo às atividades da investigação defensiva, havendo uma riqueza de contextos fáticos que podem ser submetidos ao advogado. Acredita-se que sempre haverá novos diplomas e dispositivos que podem ser demandados em específicas situações.

Nada obstante a isso, ora se enumera algumas ferramentas legais já previstas no Direito pátrio, algumas delas mais recentes e outras mais antigas, sendo que todas atualmente em vigência. Muitas delas estranhas ao Direito Criminal, mas que não por isso se mostram menos importantes ao advogado criminalista no exercício da investigação defensiva.

Nesse ínterim, são interessantes diplomas como o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei Federal

n.º 8.906, de 4 de julho de 1994), a Lei de Acesso à Informação (Lei Federal n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011), a Lei de Registros Públicos (Lei Federal n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973), ou ainda a novel Lei de Regulamentação da Profissão de Detetive Particular (Lei Federal n.º 11 de abril de 2017).

Outros dispositivos do *Codex Instrumental Penal*, ou o Código de Processo Penal, promulgado por meio do Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941, ainda importarão a essa análise. Apesar de antiquado e de inspiração declaradamente fascista, tendo como referência o CPP Italiano de 1931, denominado Código Rocco, editado sob a égide do regime de Mussolini, com índole eminentemente inquisitória e autoritária⁶⁴.

Está-se a falar, por exemplo, do expresse direito de produzir provas na fase pré-processual da persecução penal, conforme prescrito pelo artigo 14, o qual afirma que “O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.”

Outra possibilidade pouco conhecida/utilizada pela advocacia é a previsão do artigo 242, o qual traz a possibilidade de requerimento para obtenção judicial de Mandado de Busca e Apreensão por “qualquer das partes”, o que traz a possibilidade de obter Buscas e Apreensões com auxílio policial para o acusado e também para o ofendido.

Ainda, é preciso se ter em mente a possibilidade de assistência às vítimas, desde a fase pré-processual. Para tanto, existe a investigação defensiva em assistência às vítimas, sejam pessoas físicas ou jurídicas. Essa assistência pode se dar, inclusive, para a provocação inicial das autoridades públicas, o que pode acontecer através de uma *Notitia Criminis* (ou notícia-crime ou notícia de fato). Tal peça deve ser elaborada com a apresentação de uma narrativa fática, atrelada a uma leitura jurídica e lastreada em elementos informativos, probatórios e/ou indiciários, objetivos e/ou subjetivos. O fundamento legal é o artigo 5º, §3º, do CPP⁶⁵.

Após o oferecimento e recebimento da Denúncia, pode

61. Por todos: i) CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. São Paulo: Servanda, 2010; e ii) BARBOSA, Rui, 1849-1923. *O dever do advogado*. Carta a Evaristo de Moraes / Rui Barbosa ; prefácio de Evaristo de Moraes Filho. – 3. ed. rev. – Rio de Janeiro : Edições Casa de Rui. Barbosa, 2002.

62. CPP – Art. 268. Em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no Art. 31.

63. BULHÕES, Gabriel; LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. Investigação defensiva: poder-dever da advocacia e direito da cidadania. *Conjur*. Brasília, p. 1-1. fev. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-01/limite-penal-investigacao-defensiva-poder-dever-advocacia-direito-cidadania>>. Acesso em: 1 fev. 2019.

64. FOLGADO, Antônio Nobre. Breves notas sobre o processo penal italiano. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/30260/submission/review/30260-31074-1-RV.pdf>>

65. Art. 5º (...) § 3º Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito.

se considerar a atuação como Assistente de Acusação, na figura expressa do artigo 268⁶⁶, com o fito de assegurar a observância dos legítimos interesses das vítimas diante do processo penal. Isto visa, também, pavimentar a futura responsabilização cível, *ex delicto* ou não.

É certo, dessa forma, que uma leitura atenta do ordenamento jurídico posto, permite sob diversas perspectivas e a partir de várias ferramentas a implementação prática da investigação defensiva.

2.3.1. ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA OAB

Quanto ao tratamento legislativo dispensado à advocacia no Brasil, tem-se como marco o Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei Federal n.º 8.906, de 4 de julho de 1994⁶⁷). Esse diploma legal é absolutamente omissivo quanto aos deveres do advogado criminalista na sua preparação para o julgamento, no geral, e quanto ao possível exercício da sua função investigativa, no particular.

Com as alterações⁶⁸ trazidas pela Lei Federal n.º 13.245, de 12 de janeiro de 2016⁶⁹, pode-se falar em algum grau de matização do viés inquisitório até então absoluto do Inquérito Policial brasileiro. Isso, de certa forma, reflete uma nova hipótese de atuação da Defesa Técnica durante as investigações policiais, podendo inclusive agir proativamente para elencar elementos angariados

66. Art. 268. Em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no Art. 31.

67. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

68. Art. 7º (...) XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital; (...) XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: a) apresentar razões e quesitos; (...) § 10. Nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos de que trata o inciso XIV. § 11. No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências. § 12. A inobservância aos direitos estabelecidos no inciso XIV, o fornecimento incompleto de autos ou o fornecimento de autos em que houve a retirada de peças já incluídas no caderno investigativo implicará responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício da defesa, sem prejuízo do direito subjetivo do advogado de requerer acesso aos autos ao juiz competente.

69. Altera o art. 7º da Lei no 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil).

em sua própria investigação (defensiva).

Como principais alterações previstas (todas no rol de prerrogativas esposado no art. 7º, do EAOAB), enumeram-se: i) direito a exame dos Autos; ii) direito à assistência ao cliente antes do interrogatório policial, bem como sua presença, sob pena de nulidade; iii) apresentação de razões e quesitos; bem como iv) o acesso a todos os elementos já documentados (conforme, também, a Súmula Vinculante n.º 14 do STF⁷⁰).

2.3.2. LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO

Uma ferramenta legal recente, e que deve ser muito utilizada na investigação defensiva é a Lei Federal n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011, a popularmente conhecida Lei de Acesso à Informação (LAI).

A LAI regulamenta o acesso a informações previsto no artigo 5º, XXXIII⁷¹, artigo 37, §3º, II⁷² e artigo 216, §2º⁷³, todos da Constituição Federal de 1988. Temos, pois, a previsão do acesso, dos meios e da forma como deve se dar esse acesso às informações públicas em geral, desde que não classificados como sigilosas.

Há uma limitação, no entanto, quanto à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, conforme previsto no artigo 5º, X, da Constituição Federal⁷⁴. Esse óbice, justa garantia fundamental de todo cidadão, nada obstante sua existência, não poderá ser oposto para o acesso às informações públicas detidas pelo Poder Público, que é o objeto

70. “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”

71. Art. 5º (...) XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; (...)

72. Art. 37 (...) § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: (...) II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; (...)

73. Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: (...) § 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem. (...)

74. Art. 5º (...) X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...)

de análise desse tópico.

A vastidão das informações possivelmente obtidas com escopo na LAI não caberia nos limites desta obra, mas podem ser encontrados em categorias esposadas no artigo 7º⁷⁵ da referida Lei.

A LAI traz a disciplina sobre a matéria, esclarecendo que “qualquer interessado poderá apresentar pedido de acesso a informações” (artigo 10, *caput*), sendo vedada qualquer exigência acerca da apresentação dos motivos de tal consulta (artigo 10, §3º). Se possível for, a repartição pública deverá fornecer o acesso à informação de imediato (artigo 11, *caput*), ou, não sendo esse o caso, deverá franquear o acesso em até 20 (vinte) dias (artigo 11, §1º). Esse prazo pode ser dilatado, justificada e excepcionalmente, por mais 10 (dez) dias (art 11, §2º).

Há também a previsão de recurso em caso de negativa, no prazo máximo de 10 (dez) dias, a contar da sua ciência (artigo 15, *caput*); enquanto que a Autoridade Pública hierarquicamente superior deverá se manifestar em até 5 (cinco) dias (artigo 15, parágrafo único).

Ainda, há uma série de condutas tipificadas como conduta ilícitas pelo agente público que violar o direito à informação, constituindo um verdadeiro rol enumerado no artigo 32 da LAI⁷⁶.

75. Art. 7º O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter: I–orientação sobre os procedimentos para a consecução de acesso, bem como sobre o local onde poderá ser encontrada ou obtida a informação almejada; II–informação contida em registros ou documentos, produzidos ou acumulados por seus órgãos ou entidades, recolhidos ou não a arquivos públicos; III–informação produzida ou custodiada por pessoa física ou entidade privada decorrente de qualquer vínculo com seus órgãos ou entidades, mesmo que esse vínculo já tenha cessado; IV–informação primária, íntegra, autêntica e atualizada; V–informação sobre atividades exercidas pelos órgãos e entidades, inclusive as relativas à sua política, organização e serviços; VI–informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos; e VII–informação relativa: a) à implementação, acompanhamento e resultados dos programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como metas e indicadores propostos; b) ao resultado de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle interno e externo, incluindo prestações de contas relativas a exercícios anteriores.

76. Art. 32. Constituem condutas ilícitas que ensejam responsabilidade do agente público ou militar: I–recusar-se a fornecer informação requerida nos termos desta Lei, retardar deliberadamente o seu fornecimento ou fornecê-la intencionalmente de forma incorreta, incompleta ou imprecisa; II–utilizar indevidamente, bem como subtrair, destruir, inutilizar, desfigurar, alterar ou ocultar, total ou parcialmente, informação que se encontre sob sua guarda ou a que tenha acesso ou conhecimento em razão do exercício das atribuições de cargo, emprego ou função pública; III–agir com dolo ou má-fé na análise das solicitações de acesso à informação; IV–divulgar ou permitir a divulgação ou acessar ou permitir acesso indevido à informação sigilosa ou informação pessoal; V–impor sigilo à informação para obter proveito pessoal ou de terceiro, ou para fins de ocultação de ato ilegal cometido por si ou por outrem; VI–ocultar da revisão de

Resta claro, portanto, que a Lei Federal n.º 12.527/2011 é uma ferramenta muito importante para o auxílio da investigação defensiva, abrindo um mar de possibilidades para a advocacia na busca por informações cada vez mais qualificadas. Para uma leitura mais aprofundada dessa ferramenta legal, do ponto de vista prático, remetemos o leitor ao tópico 10.4.

2.3.3. LEI DOS CARTÓRIOS E LEI DE REGISTROS PÚBLICOS

Outro diploma legal importante para a investigação defensiva é a Lei dos Cartórios (Lei Federal n.º 8.935, de 18 de novembro de 1994⁷⁷). A referida Lei regulamenta o artigo 236⁷⁸ da Constituição Federal de 1988, o qual por sua vez prevê o sistema de serviços notariais e de registros públicos.

Segundo a Lei, o “Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.” (artigo 3º). São, pois, seus atos dotados de fé pública.

Tal previsão é extremamente importante para a advocacia, que não possui fé pública em seu mister. Sendo assim, o advogado pode conferir fé pública a documentos por meio da atividade notarial/cartorária.

Salutar lembrar que, segundo a Lei, aos notários compete formalizar juridicamente a vontade das partes (artigo 6º, I) e ainda autenticar fatos (artigo 6º, III).

Para tanto, aos tabeliães de notas compete, como atividade exclusiva, a lavratura de escrituras (artigo 7º, I), a lavratura de atas notariais (artigo 7º, III), o reconhecimento de firmas (artigo 7º, IV) e a autenticação de cópias (artigo 7º V). Ainda, cabe aos oficiais de registro a expedição de certidões de atos e documentos que constem de seus registros e papéis (artigo 13, III).

A Lei ainda traz, na visão da investigação defensiva, importantes deveres impostos aos notários e oficiais de registro, dentre eles

.....
autoridade superior competente informação sigilosa para beneficiar a si ou a outrem, ou em prejuízo de terceiros; e VII–destruir ou subtrair, por qualquer meio, documentos concernentes a possíveis violações de direitos humanos por parte de agentes do Estado.

77. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios).

78. Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

o de atender as partes com eficiência, urbanidade e presteza (artigo 30, II) e o de facilitar, por todos os meios, o acesso à documentação existente às pessoas legalmente habilitadas (artigo 30, XII).

Nada obstante a isso, tal análise não pode ser feita se dissociada de outro diploma legal, qual seja a Lei de Registros Públicos (Lei Federal n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973).

Dessa forma, já no primeiro artigo da Lei (artigo 1º, §1º, I, II, III e IV), temos a indicação da vastidão dos dados que são arquivados em cartórios. Tem-se: i) o registro das pessoas naturais (nascimentos, casamentos e óbitos – artigo 2º, I, II e III); ii) o registro das pessoas jurídicas; iii) o registro de títulos e documentos em geral; e iv) o registro de imóveis.

Quanto à publicidade desses registros, observa-se que os oficiais e os encarregados dos cartórios são obrigados: i) a lavrar a certidão do que lhes for requerido; e ii) a fornecer às partes as informações solicitadas (artigo 16).

Interessante ainda observar que “Qualquer pessoa pode requerer certidão do registro sem informar ao oficial ou ao funcionário o motivo ou interesse do pedido” (artigo 17). Isto é, qualquer pessoa pode solicitar tais informações sem sequer justificar com apresentação de seus motivos.

A certidão solicitada será lavrada em até 5 (cinco) dias (artigo 19, *caput*) e quando for confeccionada e/ou remetida por meios digitais, deverá observar os requisitos da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileiras – ICP (conforme inclusão da Lei n.º 11.977, de 7 de julho de 2009).

Sendo assim, os Cartórios se mostram como uma valiosa ferramenta da investigação defensiva, que podem ser objeto de pesquisas de informações nos seus livros de registro, com a expedição de certidões de atos e documentos que constem em seus registros e papéis, em harmonia com o que dispõe o já citado artigo 11, inciso VII⁷⁹, da Lei Federal n.º 8.935, de 18 de novembro de 1994.

2.3.4. LEI DE REGULAMENTAÇÃO DA PROFISSÃO DO DETETIVE PARTICULAR

Outro suporte legal já posto e que se adequa perfeitamente à legitimação da investigação defensiva, é a Lei Federal n.º 13.432,

79. “Art. 11. Aos tabeliães de protesto de título compete privativamente: (...) VII – expedir certidões de atos e documentos que constem de seus registros e papéis.”

de 11 de abril de 2017, a qual veio para regulamentar o exercício da profissão de detetive particular.

Assim, é aconselhável ao advogado, sempre que necessário e possível for, a contratação dos serviços de *detetive particular*, no interesse da defesa e nos termos da Lei regulamentadora, que dispõe sobre o exercício dessa profissão e já no seu artigo 2º define algumas balizas da atividade, conforme se vê adiante:

Artigo 2º. Para os fins desta Lei, considera-se detetive particular o profissional que, habitualmente, por conta própria ou na forma de sociedade civil ou empresarial, planeje e execute coleta de dados e informações de natureza não criminal, com conhecimento técnico e utilizando recursos e meios tecnológicos permitidos, visando ao esclarecimento de assuntos de interesse privado do contratante.

Com o artigo 5º do citado diploma legal, vemos que “o detetive particular pode colaborar com investigação policial em curso, desde que expressamente autorizado pelo contratante”. Contudo, a investigação defensiva deve ser sempre parte de uma estratégia maior de defesa, não se confundindo com a atividade desempenhada nos termos da Lei Federal n.º 13.432/2017, que é aquela atividade abordada no item 4.3.1.

Apesar de haver essa recente inovação legislativa, trazendo a profissão para a licitude que até então era questionada, em razão da ausência de uma previsão legal, o reconhecimento formal até pelo próprio Estado, no Brasil, é bem mais antigo. Existe o registro histórico de que, através da Lei n.º 3.099, de 24 de fevereiro de 1957, já se previu a regularidade dessa profissão, tendo posteriormente sido tal Lei regulamentada pelo Decreto n.º 50.532, de 03 de maio de 1961.

Da mesma forma, o Decreto Federal n.º 76.900/1975, ao criar a Relação Anual de Informações Sociais, classificou o detetive particular sob o código n.º 57-80 e, por fim, o Ministério da Previdência Social, através da Portaria SAF 229/1981, classificou a profissão de detetive particular para efeitos de previdência social sob o código n.º 30. Não resta dúvidas, pois, acerca da legalidade e legitimidade da atuação dessa classe de profissionais.

Nada obstante a isso, o Ministério do Trabalho e Emprego, através da Portaria n.º 397/2002, ao aprovar a Classificação Brasileira de Ocupações (CBO-2002), fez constar a ocupação de detetive profissional, com o código n.º 3518-05, sendo, portanto, há muito tempo, essa atividade reconhecida como lícita pelo

Governo Federal.

Tal possibilidade deve, portanto, estar no raio de hipóteses a ser considerada pelo advogado nas decisões acerca das estratégias a serem adotadas nas investigações defensivas.

Havendo adequação à demanda concreta e possibilidade financeira do constituinte, o advogado precisa explorar este cenário como *longa manus* de sua atuação profissional, em razão especialmente de sua escassez natural de recursos humanos e a dinâmica própria da advocacia que não permite que o advogado esteja diretamente envolvido com todas as diligências a todo o tempo.

2.3.5. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941

No intento de formar o arcabouço legal já posto e que legítima a investigação defensiva, não se poderia fugir do debate dos dispositivos inseridos no Código de Processo Penal de 1941⁸⁰, em plena vigência, ainda que tenhamos o Projeto de Reforma em estágio avançado de discussão no Congresso Nacional.

Nesse sentido, é preciso reconhecer o anacronismo do diploma legal em testilha. Basta imaginar as mudanças que o mundo e o Brasil sofreram da década de 1940 para cá. Quanto ao mundo, estávamos vivendo a Segunda Guerra Mundial, com plena ascensão ainda do fascismo italiano e do nazismo alemão.

Essa influência resvalou para o direito brasileiro, notadamente, na inspiração que exerceu o CPPi de 1930, forjado no bojo do regime fascista de Mussolini. Tal diploma legal possuía um cunho autoritário, com recrudescimento das garantias materiais e processuais, onde o acusado *lato senso* era visto como objeto da apuração estatal.

Nominado *Codice Rocco*, em razão da idealização política de Alfredo Rocco, sob incumbência direta de Benito Mussolini, possuiu como jurista encarregado da redação o processualista Vincenzo Manzini. A inspiração do Código fascista foi transposta ao Brasil, que absorveu a maior parte dos seus dispositivos, valores e mentalidade inquisitorial.

De 1941 para cá, em especial após o início da vigência da Constituição Federal de 1988, o legislador ordinário promoveu

80. Promulgado pelo Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941, passando a ter vigência a partir de 1º de janeiro do ano seguinte.

inúmeras minirreformas e alterações pontuais na estrutura e no conteúdo do nosso CPP. Tais ajustes, por demais necessários em razão da adequação à nova ordem constitucional, findaram por desfigurar e nutrir de incongruências internas o nosso sistema processual penal.

Se pode apontar diversas legislações que atualizaram/alteraram a dinâmica processual penal, valendo mencionar, ilustrativamente, desde as mais antigas, até as mais recentes, conforme se vê a seguir: i) Lei n.º 5.349, de 3 de novembro de 1967 (reforma da prisão preventiva); ii) Lei n.º 5.941, de 22 de novembro de 1973 (primeira reforma do júri); iii) Lei n.º 6.416, de 24 de maio de 1977. (diversas alterações no sistema penal); iv) Lei n.º 8.862, de 28 de março de 1994 (alterações na investigação preliminar e na realização da perícias criminais); v) Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994 (institui o sistema de repressão contra os crimes econômicos); vi) Lei n.º 9.271, de 17 de abril de 1996 (reforma das citações/intimações); vii) Lei n.º 9.520, de 27 de novembro de 1997 (estabelece o direito de queixa da mulher casada); viii) Lei n.º 11.689, de 9 de junho de 2008. (segunda reforma do júri); ix) Lei n.º 11.690, de 9 de junho de 2008. (reforma das provas); x) Lei n.º 11.719, de 20 de junho de 2008. (reforma da *mutatio/emendatio libeli*); xi) Lei n.º 11.900, de 8 de janeiro de 2009 (previsão de atos por videoconferência); xii) Lei n.º 12.403, de 4 de maio de 2011 (reforma das cautelares); e xiii) Lei n.º 12.694, de 24 de julho de 2012 (institui o julgamento colegiado em primeiro grau para organizações criminosas)⁸¹.

Isso sem mencionar as diversas leis especiais as quais foram promulgadas para aperfeiçoar o sistema processual penal brasileiro.

Não por outra razão, tem-se como urgente e prioritária a aprovação de novo Código de Processo Penal. Isso fará com que tenhamos novamente um todo coeso, sistêmico e harmônico, regido pelo princípio adversarial, do processo penal acusatório trazido pela Constituição de 1988.

No Brasil da época, como se sabe, vivia-se o regime do Estado Novo varguista. Isto é, uma ditadura populista que guiava um país rural, de dimensões continentais e com uma mentalidade

81. Para uma leitura mais aprofundada sobre o assunto, indicamos a leitura da obra: SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. *Reforma Tópica do Processo Penal*—2ª Ed. 2012. Ed. Renovar.

atrasada. Nada da época se tras muda à contemporaneidade, motivo pelo qual temos um sistema disfuncional e descompassado com os valores da nova ordem constitucional.⁸²

Nada obstante a todo o alegado acima, existem alguns dispositivos insertos no CPP de 1941 que podem ser de grande valia, desde logo, para a investigação defensiva.

Conforme será melhor esmiuçado adiante, institutos como o direito de requerer a produção de provas na fase pré-processual (artigo 14, CPP⁸³), de requerer Busca e Apreensão (artigo 240, §1º, e e h, e artigo 242, ambos CPP⁸⁴⁻⁸⁵), atuar como assistente de acusação (artigo 268, CPP⁸⁶) ou a simples possibilidade de provocar as agências de controle (artigo 5º, §3º, CPP⁸⁷); todos eles podem e devem estar no horizonte de possibilidades da investigação defensiva, sempre a postos para sua melhor aplicação ao caso concreto.

2.3.5.1. Direito de Produzir Provas na fase pré-processual e processual

Apesar de termos uma estrutura inquisitorial e autoritária no Código de Processo Penal vigente, desde a redação originária de 1941 existe o dispositivo previsto no artigo 14, prevendo o direito do indiciado ou do ofendido de requerer a produção de provas durante o Inquérito Policial.

82. Por um dever histórico, é importante lembrar desde logo que o Código de Processo Penal em vigência ainda no Brasil foi outorgado em 1941, enquanto Getúlio Vargas exercia seu poder autoritariamente no período o qual se convencionou chamar “Estado Novo”. O jurista Francisco Campos, nomeado Ministro da Justiça de Vargas poucos dias antes do Golpe de 1937, ficou encarregado de trazer o ideário do Direito fascista da Itália de Mussolini ao Brasil, e assim o fez com a coordenação dos trabalhos para redação da Constituição de 1937 (a qual ficou conhecida como “A Polaca”, por ser uma cópia quase igual à Constituição da ditadura polonesa da época), bem como do Código Penal de 1940 e do Código de Processo Penal de 1941, ambos ainda em vigência, tendo este último a inspiração declarada no Código de Processo Penal italiano de 1930, elaborado pelo jurista Alfredo Rocco no governo de Benito Mussolini.

83. Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

84. Art. 240. (...) §1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para: (...) e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; (...) h) colher qualquer elemento de convicção.

85. Art. 242. A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes.”

86. “Art. 268. Em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no Art. 31.

87. Art. 5º (...) § 3º Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito.

A redação é a seguinte: “Artigo 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”. Portanto, torna-se claro que o legislador quis garantir uma mínima capacidade postulatória do ponto de vista probatório, ainda que na fase pré-processual.

O que acontece, por óbvio, é a aplicação da chamada “Teoria da Canalização”, onde somente se implementam tais diligências a critério da autoridade policial. Isto esvazia o instituto, e chega a inviabilizar por si o exercício desta faculdade.

Em regra, pois, temos uma política estatal de desconsideração das hipóteses defensivas, sendo tais proposições vistas com maus olhos, e taxadas quase sempre de irrelevantes, impertinentes e/ou protelatórias.

Por outro lado, há, ainda segundo a Teoria dos Jogos, uma tendência de maior identificação dos pleitos elaborados pelo Ofendido, motivo pelo qual se tem uma maior facilidade em propor diligências nesse momento a partir da perspectiva da vítima.

Contudo, nem assim se tem o pleno exercício dessa faculdade em razão da permanência inquisitorial de enxergar a vítima e o acusado como objetos e não sujeitos de direitos. E ainda, há a lógica *fordista* de produção em massa de casos resolvidos, o que acaba por minar qualquer medida que destoe minimamente da tese investigatória fixada pela Autoridade. Seja para encaminhar os casos à Justiça, seja para arquivá-los: tudo na dinâmica das *metas* de produção.

2.3.5.2. Busca e Apreensão

A diligência probatória de Busca e Apreensão, disciplinada ainda conforme redação originária no Capítulo XI do Título VII (Da Prova) do nosso Código de Processo Penal de 1941, talvez seja uma das mais clássicas e proveitosas formas de obtenção de prova. Isso quando bem utilizada.

A ferramenta legal recebe amplo tratamento ao longo de 11 (onze) artigos (artigos 240 a 250, CPP), merecendo toda a atenção da advocacia investigativa.

Em primeiro lugar, pode se falar que a busca será domiciliar e/ou pessoal (artigo 240), sendo que nesta última hipótese se dará quando alguém oculte consigo qualquer elemento de convicção

(artigo 240, §1º, *h*, e §2º).

Por outro lado, a busca domiciliar (artigo 240, §1º) poderá se dar para prender criminosos (*a*), para apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos (*b*), para apreender instrumentos de falsificação ou de contração e objetos falsificados ou contrafeitos (*c*), para apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso (*d*), **para descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu** (*e*), para apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato (*f*), para apreender pessoas vítimas de crimes (*g*) **e/ou para colher qualquer elemento de convicção** (*h*).

Conforme se percebe, muitas são as aplicações e utilidades que se pode extrair desse instrumento legal, seja no interesse da Vítima ou no do Acusado. Desta forma, é importante ressaltar que o Legislador teve o cuidado de preservar ao Direito de Defesa a capacidade expressa de influir nos objetivos das Buscas e Apreensões, inclusive não se referindo somente às requeridas pela sua assistência técnica.

Isso quer dizer que se prevê legalmente a possibilidade da Autoridade Policial e/ou Ministerial representar por Buscas e Apreensões “necessários (...) à defesa do réu” (artigo 240, §1º, *e*). No entanto, pouco se observa da *práxis* nessa direção.

Daí se avulta a importância de se ter previsão clara acerca do poder de requerer Busca e Apreensão por “qualquer das partes”, assim como disciplinado no artigo 242, CPP⁸⁸.

Desse ponto, surgem outras questões de ordem prática, tendo em vista que esse é um instrumento pouco usado e desconhecido em geral da advocacia: como fazer um requerimento de Busca e Apreensão? Qual forma deve ter? Quais questões devo abordar? Melhor estratégia para arrazoar? Devo juntar aportes probatórios de elementos centrais?

As questões são muitas e a Lei não nos fornece todas as respostas. Mas fornece algumas.

A primeira delas é que a diligência deverá ser precedida da expedição de mandado judicial (artigo 241), e que tal mandado

88. Art. 242. A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes.

deverá: i) “indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá que sofrê-la ou os sinais que a identifiquem” (artigo 243, I); e ii) “mencionar o motivo e os fins da diligência” (II).

Outro elemento que pode ser útil é a previsão de que “A busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar” (artigo 244).

Sendo assim, no requerimento realizado à autoridade (judicial, ministerial ou policial – apesar de ser, em regra, mais proveitoso se dirigir desde logo ao Poder Judiciário de forma direta) é preciso tomar uma série de cuidados.

Nessa esteira, seguindo o artigo 241, é preciso pontuar muito claramente os alvos da diligência (imóvel e/ou pessoas), assim como os motivos e também os objetivos da diligência. É preciso ser o mais específico possível, conforme se pode ver nas disposições do artigo 245, §§ 5º e 6º⁸⁹.

O requerimento, no mais, precisa ser o mais profissional possível, organizado inclusive sob o aspecto visual, apresentando a base fática do pedido, seu enquadramento/fundamento legal, quais os resultados esperados da diligência e em que se baseiam tais expectativas, entre outros dados importantes que possam contextualizar/circunstanciar o pedido.

Ademais, o aporte probatório até então produzido, que tenha relação com os fatos e fundamentos do requerimento de Busca, deve ser acostado para enrobustecer a tese lançada. Com isto, aumentam-se as chances de *captura psíquica* da Autoridade interlocutora, a partir do maior número de elementos de convicção os quais possam ser apresentados em conjunto.

Essa, então, pode ser a maior e melhor “jogada” de uma investigação defensiva, ou pode resultar em um fiasco – seja pelo “azar” do “destino”, seja por um movimento mal calculado que resultou na *perda de uma chance*.

89. Art. 245 (...) § 5º Se é determinada a pessoa ou coisa que se vai procurar, o morador será intimado a mostrá-la. § 6º Descoberta a pessoa ou coisa que se procura, será imediatamente apreendida e posta sob custódia da autoridade ou de seus agentes. (...).

Por fim, o artigo 250, §1º, *b*, prevê que as autoridades encarregadas da busca poderão penetrar em território de jurisdição alheia para ir no seguimento de pessoas e/ou coisas, ainda que não a tenham avistado, mas sabendo, por informações fidedignas ou circunstâncias indiciárias, que está sendo removida ou transportada. É lícito, pois, que as Autoridades sigam pessoas/coisas “em seu encalço”. E isso, sem dúvidas, pode ser de grande valia em várias situações.

2.3.5.3. Notitia-Criminis e Assistência à Acusação

Neste tópico, trataremos de ferramentas legais à disposição das vítimas de crimes, sejam pessoas físicas e/ou jurídicas. Ambas, tanto a notícia-de-fato, quanto a Assistência à acusação, são veículos por meio dos quais os elementos da investigação defensiva podem adentrar formal e oficialmente na persecução penal – cada qual ao seu momento. Ambas, conforme já falado, previstas originalmente desde a redação do Código de Processo Penal, em 1941.

Assim, a notícia-de-fato, ou *Notitia-criminis*, pode ser enxergada como a forma jurídica e prevista, dentro do processo penal brasileiro, para que as vítimas iniciem junto às autoridades públicas a comunicação que resultará em uma persecução penal, com previsão legal no artigo 5º, §3º, do CPP *verbis*:

Artigo 5º (...) § 3º Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito.

Inicialmente prevista apenas para comunicação popular de crimes à Autoridade Policial, com a nova realidade de investigação direta pelo MP a notícia-de-fato endereçada diretamente ao Membro Ministerial é pacificamente aceita. Nessas hipóteses, pode-se: i) operar uma investigação direta; ii) determinar a instauração de inquérito policial; iii) prontamente oferecer Denúncia, em razão de estarem reunidos elementos suficientes; ou iv) promover o arquivamento do feito.

A figura da Assistência à Acusação, de outro giro, permite o acompanhamento endoprocessual em prol dos interesses das vítimas, em ações penais públicas, mediante o regramento previsto no Código de Processo Penal entre o artigo 268 e o artigo 273⁹⁰.

90. Art. 268. Em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do

2.4. ELEMENTOS INFRALEGAIS

A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), entidade de classe da advocacia, por sua vez, tem todo um sistema institucional, que vai desde o Conselho Federal (CFOAB), situado em Brasília – DF e com representações de todos os Estados brasileiros e do Distrito Federal, até as seccionais de cada estado e suas subseccionais.

O órgão máximo da advocacia é o CFOAB, incumbido pela Lei Federal n.º 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil) de editar o Regulamento Geral do referido Estatuto, como norma administrativa e infralegal próprio e vinculante de toda advocacia brasileira.

A Lei n.º 8.906/1994 prevê o poder regulamentador da classe advocatícia ao CFOAB, através da prescrição legal inserida no artigo 54, V⁹¹ do referido diploma. Sendo assim, possui competência para editar o Regulamento da própria Lei (Estatuto), o Código de Ética e Disciplina e os Provimentos que julgar necessário. A edição do Regulamento Geral do Estatuto é prevista ainda no art 78⁹² da Lei n.º 8.906/1994.

O Código de Ética e Disciplina da OAB, por sua vez, contém somente previsão genérica em seu artigo 21, no sentido de que: “É direito e dever do advogado assumir a defesa criminal, sem considerar sua própria opinião sobre a culpa do acusado”.

O artigo 45 do Código de Ética e Disciplina da OAB, na mesma linha, contém dispositivo igualmente genérico impondo ao advogado “esmero e disciplina na execução dos serviços”.

Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no Art. 31. Art. 269. O assistente será admitido enquanto não passar em julgado a sentença e receberá a causa no estado em que se achar. Art. 270. O co-réu no mesmo processo não poderá intervir como assistente do Ministério Público. Art. 271. Ao assistente será permitido propor meios de prova, requerer perguntas às testemunhas, aditar o libelo e os articulados, participar do debate oral e arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público, ou por ele próprio, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598. § 1º O juiz, ouvido o Ministério Público, decidirá acerca da realização das provas propostas pelo assistente. § 2º O processo prosseguirá independentemente de nova intimação do assistente, quando este, intimado, deixar de comparecer a qualquer dos atos da instrução ou do julgamento, sem motivo de força maior devidamente comprovado. Art. 272. O Ministério Público será ouvido previamente sobre a admissão do assistente. Art. 273. Do despacho que admitir, ou não, o assistente, não caberá recurso, devendo, entretanto, constar dos autos o pedido e a decisão.

91. Art. 54. Compete ao Conselho Federal: (...) V–editar e alterar o Regulamento Geral, o Código de Ética e Disciplina, e os Provimentos que julgar necessários; (...)

92. Art. 78. Cabe ao Conselho Federal da OAB, por deliberação de dois terços, pelo menos, das delegações, editar o regulamento geral deste estatuto, no prazo de seis meses, contados da publicação desta lei.

Por conseguinte, não se necessita de um maior escrutínio acerca das normas administrativas, emitidas pelo CFOAB, e suas respectivas seccionais. Até aqui, os já citados são os pontos que eventualmente importam à discussão travada, quanto às normas postas no Código de Ética e Disciplina da OAB (Resolução n.º 02/2015-CFOAB), no Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB (artigo 54, V e 78⁹³, da Lei n.º 8.906/1994), Resoluções, Instruções Normativas e Provimentos⁹⁴.

Ainda caberá para a advocacia brasileira, por meio da OAB, das associações e da Academia, uma discussão acerca da divisão entre moral e direito, e a relação da moral com a ética da profissão, sempre tendo como norte as diretrizes normativas acima referidas.

Nada obstante a isso, frisa-se mais uma vez que a análise do Provimento n.º 188/2018-CFOAB, instrumento normativo regulamentador da atividade da investigação defensiva, será feita em tomo próprio (tópico 3.2), assim como a discussão acerca da necessidade de criação dos Códigos Deontológicos e suas respectivas formatações (tópico 6.3).

93. Art. 78. Cabe ao Conselho Federal da OAB, por deliberação de dois terços, pelo menos, das delegações, editar o regulamento geral deste estatuto, no prazo de seis meses, contados da publicação desta lei.

94. Para consultar, acesse: <http://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao>

Capítulo 3

.....

A REGULAMENTAÇÃO DA MATÉRIA NO BRASIL

A matéria da Investigação Defensiva, como se sabe, nunca despertou a atenção do Legislador brasileiro, não havendo, até então, qualquer regulamentação, seja por um diploma legal próprio, ou por qualquer dispositivo esparso.

No entanto, é sabido que há a inclusão do tema no Projeto de Lei do Senado (PLS) n.º 156, de 2009 (Reforma do Código de Processo Penal)⁹⁵, ainda que de forma tímida⁹⁶. O PLS n.º 156/2009 foi uma proposta de autoria do Senador José Sarney, que contou com a valiosa contribuição de grandes professores do processo penal brasileiro, a exemplo dos doutrinadores Geraldo Prado (UERJ) e Jacinto Coutinho (UFPR).

Contudo, ainda que se trabalhe na perspectiva do PLS n.º 156, agora intitulado, na Câmara dos Deputados, de Projeto de Lei n.º 8.045/2010, não teremos uma abordagem satisfatória que traga segurança jurídica à advocacia e à sociedade para exercer com liberdade e atives a investigação defensiva⁹⁷.

No âmbito da Câmara dos Deputados foi instituída uma

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

96. 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.

97. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263> Acesso em: 29 abr 2018.

Comissão Especial para análise da matéria, com presidência do Deputado Danilo Forte (PSB/CE), e sob relatoria-geral do Deputado João Campos (PRB/GO), sendo que a avaliação do texto restou fragmentada, compondo outras relatorias parciais os Deputados Rodrigo Pacheco, Rubens Pereira Júnior, Pompeo de Mattos, Paulo Teixeira e Keiko Ota.

Assim, mesmo que se aprove o texto com a redação atual, conforme se verá melhor adiante, temos assentados pelo menos dois problemas: *i*) a adoção da chamada “*teoria da canalização*”, por meio da qual o material produzido pelas diligências defensivas “poderá” ser juntados aos autos do Inquérito a critério da autoridade competente; e *ii*) o foco quase que absoluto na hipótese da inquirição de testemunhas, deixando ao largo da regulamentação todas as outras possibilidades.

Nada obstante a isso, não se pode prever quando e se haverá a promulgação do texto nessa forma, enquanto, por outro lado, não há necessidade de se aguardar tal promulgação para que a advocacia pratique atos de investigação defensiva.

Nesse sentido, desde que respeite os tratados internacionais de direitos humanos, as normas do bloco constitucional, as lei e deveres ético-administrativos, a advocacia já pode se valer da investigação defensiva, tendo em vista que, ao particular, “tudo aquilo que não for proibido, lhe é permitido fazer”.

Sob essa inspiração, surgiu o Projeto de Regulamentação Administrativa da Investigação Defensiva, proposto pela Comissão de Advogados Criminalistas da Seccional do Rio Grande do Norte da Ordem dos Advogados do Brasil, visando trazer segurança e legitimidade, que resultou na edição e publicação do Provimento n.º 188/2018-CFOAB. Esse não é um ponto de chegada, mas um ponto de partida para abertura e impulsão dessa discussão.

Almeja-se, portanto, construir um arcabouço normativo, ainda que administrativo, que possa trazer balizas mínimas para a advocacia criminal, a partir de um modelo teórico, axiológico e documental debatido pelo Conselho Federal da OAB.

3.1. A MATÉRIA NO PROJETO DO NOVO CPP

A matéria passa a ter um primeiro fôlego normativo no Brasil, de ordem legal, a partir da inserção do tema na redação

originária do Projeto de Lei do Senado (PLS) n.º 156/2009, cuja iniciativa é atribuída ao então Presidente do Senado Federal, o senador José Sarney.

Apesar da origem do projeto, no entanto, o texto contém valiosas contribuições de alguns dos maiores professores de direito processual penal brasileiros, o que indiscutivelmente traz vários avanços em relação à arcaica normatização do Código de Processo Penal de 1941, fazendo com que novamente se possa vislumbrar uma sistematicidade/organicidade do processo penal brasileiro.

O texto originário⁹⁸ continha apenas o texto do *caput* do então Artigo 14, bem como o parágrafo único, a seguir representados:

Art. 14. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas.

Parágrafo único. As entrevistas realizadas na forma do *caput* deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento das pessoas ouvidas.

Na Câmara dos Deputados, o texto recebeu o tombo do Projeto de Lei n.º 8.045/2010⁹⁹, onde houve a inserção da expressão “(...) de defensor público (...)” no *caput* do dispositivo, bem como a inserção cinco outros parágrafos ao dispositivo, o qual foi renumerado para Artigo 13, conforme se vê a seguir:

Artigo 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,

98. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4574315&ts=1553279372926&disposition=inline>, acessado em: 12 out. 2018.

99. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4ACA69F774E7CB375C617386CF909618.proposicoesWebExterno1?codteor=1638152&filename=P, acessado em: 12 out. 2018.

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.

De logo, se observa que a maior parte da atenção do Legislador se voltou para discriminar ao máximo as circunstâncias que envolvem a intimação e oitiva de testemunhas por parte da advocacia. Vedou-se a intimação/oitiva das vítimas, salvo se autorizado pelo Juiz de Garantias e mediante seu próprio consentimento (§2º), havendo ainda a possibilidade de se fixarem medidas excepcionais nesta hipótese (§3º), e além disso prescreve que as intimações/notificações/pedidos devam ser feitos com *discrição e reserva, em dias úteis e horário comercial* (§4º).

Naturalmente, prevê-se a responsabilização dos advogados que cometerem excessos no plano criminal, cível e disciplinar (§6º). Enxerga-se, neste dispositivo em específico, que é despcienda a norma, tendo em vista que não incrementa ou modifica, em qualquer grau, nem qualquer norma material ou procedimento dessas esferas de responsabilização, havendo apenas a reafirmação simbólica da validade das normas que já compõem o arcabouço normativo capaz de ensinar tais responsabilidades.

Por fim, o ponto mais problemático do projeto, após as modificações trazidas pela Câmara dos Deputados, é a inserção do §5º, o qual afirma que “O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial”. Aqui, estamos diante da *teoria da canalização*.

Inicialmente cunhada na Itália, a *teoria da canalização* prevê que todo o material probatório e/ou indiciário produzido pela investigação defensiva, para ter validade jurídica, deve passar pelo crivo discricionário da Autoridade Pública. No caso, o Delegado de Polícia.

Com isso, tem-se o esvaziamento do instituto, bem como do seu potencial ora de impedir erros judiciais, condenações injustas, destroçamento midiático de honras, ora de conferir voz

às vítimas de crimes, sejam elas pessoas físicas, sejam pessoas jurídicas. Se todo material produzido necessitar do crivo do Delegado de Polícia para ser considerado válido, estamos decapando as possibilidades reais de funcionamento do instituto¹⁰⁰.

Todavia, ainda que sob essa perspectiva de todo criticável, sobra espaço de atuação para a investigação defensiva a qual, conforme já falado, é *autônoma* e pode se dar a qualquer tempo, inclusive *paralelamente* à investigação oficial, ou antes mesmo da notícia de sua instauração formal. Se, eventualmente, a Autoridade Policial se valer de tal dispositivo para negar validade aos elementos de informação produzidos na investigação defensiva, pode ser acionada a Autoridade Ministerial (Promotor de Justiça, Procurador da República etc.), à qual é reservado o papel de *dominus litis* (ou, “dono da ação penal”).

Se, por fim, o *parquet* não aceitar como válida a produção probatória defensiva, resta a provocação ao Judiciário, que não pode negar¹⁰¹ a indexação dos documentos juntados pela Defesa (salvo se nulos), no momento oportuno para isto¹⁰².

Ainda quanto ao Projeto de Lei, cabem algumas observações. A autoridade policial segue como responsável pela condução do inquérito, podendo o investigado ou a vítima requerer a realização de qualquer diligência ou a juntada do material produzido pela defesa (art. 26, *caput*¹⁰³), às quais ficam à critério da autoridade policial. Embora tenha sido empregada a expressão vaga e aberta “*quando reconhecida sua necessidade*”, em caso de indeferimento,

100. Tendo em vista, em especial, as manifestações públicas de autoridades brasileiras. A saber, exemplificativamente: i) DA SILVA, César Dario Mariano (Promotor de Justiça do MPSP). **A Flagrante Inconstitucionalidade da Investigação Defensiva**. ESTADÃO. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-flagrante-inconstitucionalidade-da-investigacao-defensiva/>, acessado em 27 mar. 2019; e ii) HOFMANN, Henrique (Delegado de Polícia da PCPR), FONTES, Eduardo (Delegado da Polícia Federal). **Advogado não pode fazer investigação defensiva**. CONJUR. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-29/academia-policia-advogado-nao-realizar-investigacao-criminal>, acessado em 27 mar. 2019.

101. CPP: “Art. 396-A. Na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.”

102. CPP: “Art. 231. Salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo. Art. 232. Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares. Parágrafo único. À fotografia do documento, devidamente autenticada, se dará o mesmo valor do original.”

103. Art. 26. A vítima, ou o seu representante legal, e o investigado, poderão requerer ao delegado de polícia a realização de qualquer diligência, que será efetuada, quando reconhecida a sua necessidade.

o interessado poderá representar à autoridade policial superior ou ao Ministério Público (artigo 26, § 1º).

Ainda, pode-se dizer que o Novo CPP adota abertamente a sistemática do processo penal acusatório, de ordem adversarial, onde se conferem maiores poderes de atuação e de capacidade probatória às partes, reservando a gestão da prova às partes e a especificidade de cada um dos papéis dentro do processo penal. Neste sentido, podem ser observados dispositivos introdutórios, como o artigo 3º¹⁰⁴ e o artigo 4º¹⁰⁵.

Ao projeto, desde seu nascedouro, em 2009 no Senado Federal, tentou-se imprimir um “regime de urgência” nas discussões e votações, desconsiderando as mudanças paradigmáticas que a reforma global do CPP trará, bem como se desconsiderou que estamos há quase oito décadas esperando essa atualização legislativa.

No segundo semestre de 2018, novamente, por uma conjuntura política, ventilou-se a notícia¹⁰⁶ de que poderia ainda na legislatura então atual ser aprovado o texto legal; mas, as expectativas não se confirmaram. O certo é que, por ora, não há nenhuma perspectiva real de aprovação do projeto, nem se sabe se de fato tal aprovação sobrevirá – apesar de que seria totalmente recomendável que o fosse.

3.2. A REGULAMENTAÇÃO ADMINISTRATIVA PELO CFOAB

Conforme já explanado, acredita-se que, embora exerça a advocacia um *mínus* público, seu ministério é privado e, portanto, regido pela lógica dos particulares segundo a qual “é permitido fazer tudo aquilo que não for proibido por Lei”, como expressão máxima do princípio da legalidade.

Portanto, estamos com Gustavo Badaró quando este afirma

104. Art. 3º Todo processo penal realizar-se-á sob o contraditório e a ampla defesa, garantida a efetiva manifestação do defensor técnico em todas as fases procedimentais.

105. Art. 4º O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase da investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

106. Novo Código de Processo Penal pode ser votado neste semestre na Câmara. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2018/02/novo-codigo-de-processo-penal-pode-ser-votado-neste-semester-na-camara> -> Acessado em: 12 dez. 2018.

que não há vedação do Código de Processo Penal à investigação defensiva, embora não haja disciplinamento dessa atividade, o que não prejudica a sua realização e consecução¹⁰⁷.

Sendo assim, respeitados os parâmetros normativos trazidos pelo bloco constitucional, tratados internacionais de direitos humanos, leis infraconstitucionais e normas administrativas, resta absolutamente autorizado ao(a) advogado(a) praticar os atos e diligências necessárias à produção e catalogação de elementos de informação em favor do seu constituinte.

Nessa toada, foi feita uma proposição que tramitou no Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), desde outubro de 2017, e trata justamente da regulamentação administrativa da investigação defensiva, encaminhada para análise e distribuída à Comissão Especial de Estudos do Direito Penal, presidida pelo Conselheiro Federal Renato da Costa Figueira (RS), cuja discussão e pré-aprovação se deu no dia 17 de abril de 2018.

Na Comissão Especial de Estudo do Direito Penal, o projeto foi distribuído para relatoria do Conselheiro Federal Raimundo Palmeira, da Seccional do Alagoas. Na reunião do dia 17 de abril de 2018, no CFOAB em Brasília – DF, estavam presentes os Conselheiros Federais, o proponente da matéria Gabriel Bulhões, e o professor Edson Luis Baldan (PUC/SP), o qual empreendeu uma profícua e substancial contribuição à redação do projeto.

Com alguns ajustes e modificações, manteve-se o texto original em tudo quanto não houvesse inovação normativa, fazendo com que o conteúdo apenas delimitasse e especificasse aquelas prerrogativas legais e hipóteses já postas dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Assim, o projeto foi pré-aprovado na Comissão Especial de Estudo do Direito Penal e remetido ao Pleno do CFOAB.

No Pleno, o projeto foi redistribuído, restando sob relatoria do Conselheiro Federal Nilson Antônio Araújo dos Santos, da Seccional do Tocantins, o qual na Sessão do Conselho Pleno do dia 21 de maio de 2018, apresentou o projeto para pauta do dia, com a sugestão de que fosse a proposta encaminhada para a Comissão Nacional de Estudos Constitucionais, presidida

107. BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 156.

pelo Conselheiro Federal Marcus Vinícius Furtado Coelho, em razão da matéria de forte cunho constitucional, para emissão de novo parecer e remessa posterior ao Pleno do CFOAB para discussão e aprovação.

Na Comissão Nacional de Estudos do Direito Constitucional, em agosto de 2018, foi o feito distribuído internamente para o Relator, o Conselheiro Federal pelo Paraná, Flávio Pansieri, que devolveu ao Pleno do CFOAB o projeto com um brilhante voto de apoio para aprovação. Isso gerou nova discussão na sessão plenária de dezembro de 2018, no CFOAB, com a aprovação, redação e publicação do chamado Provimento n.º 188/2018-CFOAB.

Pode se falar, que o Provimento n.º 188/2018-CFOAB trata da Parte Geral da Investigação Defensiva, com conceituações e definições, enquanto que uma segunda parte do conteúdo da proposição originária, vai ser maturado para um possível e vindouro Provimento que venha a tratar especificamente sobre as regras dos Autos de Investigação Defensiva (AID).

Essa proposição foi fruto de iniciativa desenvolvida no âmbito da Comissão de Advogados Criminalistas (COMA-CRIM), então presidida pelo advogado Gabriel Bulhões, da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Rio Grande do Norte (OAB/RN), por meio 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 do Provimento que foi encaminhada ao CFOAB.

Da forma como estava posta originalmente, a minuta de Provimento previa alguns pontos polêmicos, os quais de certa forma inovavam – a exemplo do que faz o CNMP na edição de suas já numerosas Resoluções, sob uma ótica da *guerra*, ora vivenciada no Processo Penal brasileiro, e do *jogo*, conforme é encarado segundo o arcabouço teórico trazido pelo Teorema de *Nash*.

No entanto, após a maturação coletiva proporcionada pela discussão no âmbito da Comissão Especial de Estudo do Direito Penal, em especial pelas contribuições trazidas pelo professor Edson Luis Baldan, chegou-se a um modelo mais enxuto, que manteve os predicados e diretrizes originalmente propostos; mas, com a observância estrita da legalidade em todos os

aspectos, perspectivas e dimensões.

Nesse momento, para maiores esclarecimentos acerca das minúcias, remete-se o leitor para os tópicos “6.1 Dever do Advogado Conductor”, “9 Técnicas Especiais de Investigação Defensiva” e “10 Autos de Investigação Defensiva (AID)”.

Nesse prisma, ao longo de 08 (oito) artigos, a minuta do Provimento n.º 188/2018-CFOAB pretendeu trazer balizas, sem engessar a atividade da investigação defensiva. Almejou-se fixar parâmetros, valores, métodos e técnicas, sem, por outro lado, ditar pormenorizadamente como deve ser ou não ser a atuação profissional da advocacia investigativa.

Além disso, precisa ser promulgado um marco legal, que traga segurança jurídica definitiva, bem como possa cogitar do alargamento das prerrogativas da advocacia, no sentido melhor exercer a sua função investigativa.

Por outro lado, há uma necessidade urgente de elaboração de códigos deontológicos e catalogação das melhores práticas, para orientar os profissionais brasileiros, e isso pode e deve ser feito tanto pela OAB, quanto pelas Associações, Institutos, Academia e profissionais em geral.

Capítulo 4

.....

FORMAS DE INVESTIGAÇÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Embora não seja esse o escopo desta obra, é preciso mencionar brevemente algumas outras formas de se fazer investigação criminal, conforme o processo penal brasileiro e a Constituição da República.

Nesse sentido, antes de mais nada, é preciso frisar que a investigação defensiva não se confunde com a função de polícia judiciária, pois enquanto esta visa apurar a prática indistinta 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.

Assim, a investigação defensiva pode colaborar com investigação policial em curso, cujo aceite da colaboração ficará a critério do delegado de polícia, que poderá admiti-la ou rejeitá-la a qualquer tempo, o que não obsta o prosseguimento em paralelo das atividades e diligências no bojo da atuação profissional do advogado¹⁰⁸.

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, cujo aceite da colaboração ficará 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, simultaneamente,

.....
¹⁰⁸. 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 outro elementos de informação, caso não haja base suficiente para a propositura da denúncia.”

no bojo da atuação profissional do advogado. Tudo isto tendo como parâmetro o disposto no artigo 5º, parágrafo único¹⁰⁹, da Lei Federal n.º 13.432¹¹⁰, de 11 de abril de 2017, e ainda o fundamento do artigo 14, do Código de Processo Penal¹¹¹.

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 a divulgação das atividades possa frustrar a eficácia dessas medidas¹¹².

Nessa toada, entendemos que a investigação defensiva pode ser desenvolvida em qualquer fase procedimental ou grau de jurisdição¹¹³, ou ainda em caráter meramente preventivo¹¹⁴, diante da possibilidade de eventual necessidade futura para defesa dos interesses do constituinte.

Portanto, a investigação defensiva pode ser realizada a qualquer tempo, desde que solicitada pelo constituinte ou seja uma sugestão do advogado acatada pelo cliente. Por essa lógica, pode-se falar ainda que não há duração máxima fixada para a investigação defensiva, devendo ela perdurar enquanto houver necessidade de resguardo dos interesses processuais e/ou legais para o qual foi o advogado contratado.

Conforme já apontado¹¹⁵, nota-se, dessa forma, a abrangên-

109. Art. 5º O detetive particular pode colaborar com investigação policial em curso, desde que expressamente autorizado pelo contratante. Parágrafo único. O aceite da colaboração ficará a critério do delegado de polícia, que poderá admiti-la ou rejeitá-la a qualquer tempo.

110. Dispõe sobre o exercício da profissão de detetive particular.

111. Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

112. Nesse sentido a minuta proposta ao CFOAB no Provimento nº 188/2018, no art. 6º, §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.

113. 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. p. 06-7.

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

115. Esperado que adoção desse instrumento, ora apenas esboçado, tivesse algumas consequências imediatas: a) aprimoramento da investigação policial como contra-

cia e importância dessa atividade desempenhada pela advocacia, a qual possui inclusive múltiplas consequências, diretas e indiretas, e não somente voltadas aos exclusivos e privados interesses dos cidadãos que contratam os serviços dos seus causídicos, mas também diretamente relacionada com o aprimoramento da Administração da Justiça e da própria Segurança Pública.

Indiscutivelmente, por outro lado, temos que a competência natural da investigação de crimes no Brasil é da Polícia Judiciária, com previsão inclusive em assento constitucional, quando se observa o artigo 144, §4º, da CF/88: “*Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares*”.

A regulação dessa atividade investigativa da Polícia Judiciária, atualmente, se dá por meio do Código de Processo Penal, quando se debruça sobre o Inquérito Policial, nos artigos 4º ao 23.

Em recente inovação, observa-se a Lei Federal n.º 12.830/2013, que dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia.

Nesse modelo, conforme exposto pelo Professor Baldan, existem alguns inconvenientes, a exemplo: i) da discricionariedade na seleção das condutas investigáveis; ii) da ausência de estrutura e recursos humanos suficientes; iii) de pressões políticas, econômicas e midiáticas; e, ainda iv) da ascendência tácita pelo Ministério Público, parte acusatória no processo penal brasileiro.¹¹⁶

Aqui, cabe ainda abordar a diferença entre atos de investigação e atos de instrução, com suas particularidades, momentos

ponto eficaz às provas produzidas pelo defensor, obrigando a polícia judiciária e o ministério público à busca de contínuo aperfeiçoamento técnico-científico; b) criação (ou desenvolvimento) de uma categoria profissional, a dos investigadores privados; c) estímulo ao culto das ciências afins ao Direito Penal, como a Criminalística, Criminologia, Medicina Legal, com a conseqüente necessidade de adequação do ensino técnico e superior; d) redimensionamento da estatura jurídica do Advogado (dentro e fora do processo), transmutando-o da condição de mero espectador inerte e inerte para a posição de ativo protagonista na formação da prova criminal; e) obrigação da motivação judicial na admissão da acusação, criando-se verdadeiro juízo de prelibação que arredaria a instauração da instância judicial quando insuficientes os elementos indiciários; f) maior proximidade do processo penal com a verdade real pelo fortalecimento da prova criminal, com a conseqüente serenidade do magistrado ao proferir seu *decisum*, pois com ouvidos às razões produzidas por acusação e defesa em perfeita *égalité des armes*. in 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, p. 08-9.

116. BALDAN, Edson Luís. **Investigação defensiva: o direito de defender-se provando**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.64, p. 253-263, jan. 2007.

e valores probatórios distintos. Apenas para indicar que todos os atos praticados unilateralmente na etapa pré-processual da persecução penal devem ser produzidos novamente sob o crivo do contraditório judicial, para produzirem efeitos como *prova* – à exceção das provas cujo risco de perecimento for real, ou que sejam irrepetíveis ou realizadas por meio do incidente de produção probatória antecipada.

Os elementos de informação produzidos nessa etapa, por conseguinte, seja por parte da acusação ou da Defesa, são, em regra, meros atos de investigação, e não prova em sentido estrito.

Ainda no tema, vale lembrar que foi promulgada a Lei Federal n.º 11.690, de 09 de junho de 2008, que alterou a redação do artigo 155 do Código de Processo Penal e proibiu a formação do convencimento judicial apenas com os dados oriundos da investigação, excetuadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas¹¹⁷.

4.1. A INVESTIGAÇÃO DIRETA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E SUAS IMPLICAÇÕES

O tema da investigação direta do Ministério Público no Brasil suscitou intensos e fervorosos debates, tendo, até então, se consolidado tal legitimidade após julgado com *repercussão geral* pelo Supremo Tribunal Federal, em 14 de maio de 2015. De lá para cá, a investigação direta do *parquet* se tornou uma realidade materializada, indiscutível, e talvez indesejável.

Proliferaram-se os chamados Procedimentos (ou “Peças”) Internas de Investigação Criminal (PIIC’s), bem como se treinou e qualificou o quadro de membros e servidores com o uso de técnicas especiais e tecnologias avançadas, notadamente por meio do incremento dos GAECO’s¹¹⁸ e CAOP’s¹¹⁹, e da utilização de

117. Segundo o posicionamento jurisprudencial majoritário, é possível à utilização dos dados oriundos do inquérito policial para embasar a condenação, desde que não sejam os únicos elementos de prova a formar o convencimento judicial. Nesse sentido: STF, RE-AgR n.º 425.734/MG, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie, j. 04.10.2005; STF, HC n.º 83.348/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 21.10.2003; STF, HC n.º 82.622/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 08.04.2003; STF, HC n.º 73.513/SP, Rel. Min. Moreira Alves, j. 26.03.1996 in RT 740/527; STJ, HC n.º 69.496/MS, Rel.ª Min.ª Jane Silva, j. 07.08.2007; STJ, HC n.º 58.129/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 17.10.2006; STJ, HC n.º 32.226/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 17.06.2004; TJSP, Ap. n.º 181.308-3, Rel. Des. Silva Pinto, j. 08.05.1995 in RT 719/400; TJSP, Ap. n.º 48.091-3, Rel. Des. Silva Leme, j. 29.06.1987 in RT 621/290.

118. Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado.

119. Centro de Apoio Operacional às Promotorias.

agentes e recursos de outras forças da segurança pública.

Contudo, cabe ainda uma crítica acadêmica, no sentido de se questionar a legitimidade dessa atividade ministerial. Não por outra razão, mas apenas pela ausência de fonte normativa. Não pode o STF legislar nessa matéria, e não há qualquer dispositivo ou diploma legal, que preveja ou regule tal atividade. Existem, por outra ótica, Provimentos (181, 183, entre outros) do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que possuem *status* infralegal, e portanto não podem inovar a ordem jurídica.

Nessa linha, primordialmente se aprende no Direito, que o agente público somente “pode fazer aquilo que estiver determinado ou permitido em lei”, estando a primeira hipótese relacionada ao ato administrativo *vinculado* e a segunda ao *discricionário*. E se fala, aqui, em Lei em sentido estrito.

Noutro giro, ao indivíduo (aqui se enxergando o cidadão acusado *lato sensu*, e sua Defesa Técnica, fazendo uso da garantia constitucional ao *livre exercício das profissões*), integrante do setor privado, sendo portanto considerado um particular, é lícito “fazer tudo aquilo que não estiver proibido em lei”. Daí decorre a legitimidade pretérita a qualquer regulamentação específica da investigação defensiva, vez que não há proibição e pode ser vista como decorrência de todo o arcabouço normativo (internacional, constitucional, legal e ético-administrativo, conforme já visto).

Nesse íterim, afora a licença acadêmica à crítica, a realidade posta nos impõe como um dado inexorável a ocorrência de investigações ministeriais. E isso, por si só, já seria suficiente para, com base na lógica processual penal acusatória e no princípio constitucional da paridade de armas, legitimar definitivamente a investigação criminal defensiva.

Tal raciocínio, surge do entendimento de que o Ministério Público, em matéria processual penal, é parte (pelo menos formalmente). O STF debateu o tema em uma outra oportunidade histórica quando se travou a discussão acerca constitucionalidade da investigação ministerial, por ocasião do julgamento do HC n.º 87.926/SP. Confira-se trecho do voto do Relator, Ministro Cezar Peluso, *verbis*:

Estou em que fere, igualmente, as garantias da defesa todo o expediente que impeça o acusado de, por meio do defensor, usar da palavra por último, em sustentação oral, sobretudo nos

casos de julgamento de recurso exclusivo da acusação. Invocar, para negá-lo, a qualidade de *custos legis* do Ministério Público perante os tribunais, em sede recursal, parece-me caracterizar um desses artifícios lingüísticos que tendem a fraudar as garantias essenciais a sistema penal verdadeiramente acusatório ou de partes. (...) De fato, na ação penal de iniciativa pública, condicionada ou não, o Ministério Público é parte, se não em sentido material – porque o poder-dever de acusar e punir não é dele, mas do Estado –, é-o, ao menos formalmente, parte acusadora. (...) Desse modo, entendo difícil, senão ilógico, cindir a atuação do Ministério Público no campo recursal, em processo-crime: não há excogitar que, em primeira instância, seu representante atue apenas como parte formal e, em grau de recurso – que, frise-se, constitui mera fase do mesmo processo –, se dispa dessa função para entrar a agir como simples fiscal da lei. Órgão uno e indivisível, na dicção do artigo 127, §1º, da Constituição da República, não há como admitir que o Ministério Público opere tão-só como *custos legis* no curso de processo onde, em fase diversa, já tenha funcionado, mediante outro órgão, como encarregado da acusação, sob pena de se violentar a própria sintaxe acusatória do processo penal. O conteúdo da opinião legal, de fundo, exposto no parecer ou na sustentação oral, é de pouco relevo neste tema. Ou seja, ainda que, no mérito, o Ministério Público postule a absolvição do acusado, continua sempre órgão incumbido da acusação e não deixa de agir ou de poder agir como parte.¹²⁰

Conforme a professora Maria Elizabeth Queijo¹²¹, a discussão acerca da investigação defensiva surge com toda a força quando o STF, no ano de 2015, reconhece o direito do Ministério Público empreender diretamente suas investigações.

Entendimento diverso daquele firmado em 2015, portanto, foi declarado pelo STF, em acórdão datado de 6 de maio de 2003 (HC n.º 87.926), o com trecho a seguir representado:

A Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (CF, artigo 129, VIII). A norma constitucional não contemplou a possibilidade do *parquet* realizar e presidir inquérito policial. Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime. Mas requisitar diligência nesse sentido à autoridade policial.¹²²

120. STF, HC n.º 87.926/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 20.02.2008.

121. No evento “Mesa de Estudos e Debates: Investigação Defensiva”, realizada em São Paulo pelo IBCCRIM, no dia 2 de abril de 2018.

122. STF, RHC n.º 81.326-7/DF, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 06.05.2003.

Outro importante julgado do STF na matéria, é o HC n.º 84.548/SP, cuja relatoria coube ao Ministro Marco Aurélio, ocasião em que por maioria se rejeitou a possibilidade de investigação direta pelo Ministério Público. Nas palavras do Ministro Marco Aurélio, em seu voto:

Não há como proceder à leitura ampliada dos incisos do artigo 129 mencionados, sob pena de se chegar a conflito com o texto da Carta da República sobre o papel investigatório das polícias, transmutando-se o denominado inquérito policial, para utilizar a expressão leiga, em inquérito ministerial, como ocorreu no caso presente. Não bastasse o trato claro das atribuições nos artigos 129, incisos VI e VII, e 144 da Constituição Federal, consta do próprio artigo 129 tratamento diferenciado, conforme o inquérito vise à propositura de ação civil pública ou ação penal. Quanto à ação civil pública, dispõe o inciso III do aludido artigo 129 que é função institucional do Ministério Público promover o inquérito, enquanto, sob o ângulo penal, cumpre-lhe provocar a instauração e requisitar as diligências que entenda indispensáveis. (...) Não me canso de repetir que paga um preço por se viver em um Estado Democrático de Direito e esse preço surge módico, fácil de ser atendido – o respeito à ordem jurídica em vigor, especialmente à ordem jurídica constitucional. Em Direito, o meio justifica o fim, mas não este, aquele, pouco importando a boa intenção envolvida. Havendo o aditamento a denúncia surgido em razão, unicamente, dos dados levantados pelo Ministério Público à margem das atribuições que lhe são cometidas pela Carta da República, forçoso é concluir-se pela insubsistência do ato.¹²³

Nesse sentido, observa-se que a doutrina há muito se manifesta em consonância, conforme se vê adiante:

A prática evidenciou que o Ministério Público, quando encarregado de dirigir ou supervisionar a investigação, foca sua atenção na obtenção de elementos que possam sustentar a sua futura acusação o que acaba prejudicando a pessoa suspeita, tendo em vista o risco de desaparecerem informes importantes para a sua defesa e demonstração de sua inocência. Decorre, daí, a preocupação em abrir para o investigado a possibilidade de investigação privada, como já sucede nos Estados Unidos. Trata-se de assunto que, com o avanço do Ministério Público para a investigação também entre nós, provavelmente, passará a ser objeto de maior atenção.¹²⁴

123. STF, HC n.º 84.548/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 03.04.2015.

124. “Rumos da investigação no direito brasileiro” in *Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel*, Ano V, n.º 21, jul./set. 2002, p. 13.

No entanto, em suma, após o julgamento, com Repercussão Geral reconhecida, pelo STF do Recurso Extraordinário n.º 593.727, no dia 14 de maio de 2015, a discussão arrefeceu, pois se sedimentou o entendimento de que tal atividade estava constitucionalmente amparada. O citado julgamento se deu por maioria de sete votos a quatro.

Estabeleceu-se, é sempre bom lembrar, em contrapartida, a necessidade de observância pelo *parquet* do respeito a todos os direitos e garantias fundamentais dos investigados, à reserva judicial para afastamento de garantias constitucionais individuais e ainda às prerrogativas profissionais da advocacia (notadamente aquelas previstas no artigo 7º, I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX, da Lei Federal n.º 8.906/1994, além da própria Súmula Vinculante n.º 14).

Aos argumentos lançados, observa-se uma virada hermenêutica, que não aponta nenhum dispositivo constitucional e/ou legal a amparar a tese acolhida, mas que apresenta diversos fundamentos¹²⁵ para, *indiretamente*, legitimar a investigação direta do MP.

Em arremate, estamos com o Professor Marcos Zili (USP), quando afirma que:

(...) a concessão de poderes investigatórios ao Ministério Público no caso brasileiro é aspecto setorial que não pode ser desvinculado de um sistema que lhe empresta coerência. Em outras palavras, o reforço dos poderes de uma das partes da relação processual não pode ser arquitetado sem um correspondente reforço em favor da parte contrária. E, nessa dinâmica, não se pode olvidar figurar o acusado, invariavelmente, em uma posição inferiorizada e que será tão mais acentuada quanto mais graves forem os desníveis sociais do país. Logo, mudanças constitucionais e processuais dirigidas à implementação de poderes investigatórios ao Ministério Público deverão vir acompanhadas, necessariamente, de uma permissão, em igual medida, para o investigado.¹²⁶

Subscreve-se, por fim, as afirmações do Professor Edson Luís Baldan, quando leciona que o sistema de “promotor-investigador” possui uma série de problemas e inconveniências, a

125. i) artigo 129, incisos I, VI, VII e VIII, da Constituição da República; ii) artigo 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal; iii) artigo 26, incisos I e II, da Lei n.º 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público); e v) artigos 7º e 8º da Lei Complementar n.º 75/1993 (Estatuto do Ministério Público da União).

126. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. “Os bons ventos de Haia” in *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n.º 190, setembro/2008, p. 14.

seguir elencadas: i) modelo relacionado ao utilitarismo judicial; ii) possibilidade de criação da “inquisição do acusador” pela transferência de poderes; iii) inconcebível a imparcialidade da parte que investiga para acusar; iv) necessidade de elevação do MP à categoria plena de poder republicano; v) conversão da investigação em mera preparação da acusação, a dano da defesa; e vi) atribuição normativa de poder investigatório não equivale a efetividade desse mister.¹²⁷

4.2. A INVESTIGAÇÃO PRIVADA

Conforme se viu, existe toda uma gama de possibilidades pelas quais o Estado, através de suas Instituições e dos agentes públicos, pode investigar fatos ilícitos em geral, perquirir a vida dos cidadãos e sociedades empresárias. Por outro lado, existem as hipóteses em que, a partir da iniciativa do particular, na busca da consecução dos seus interesses, diligencia-se e se articulam estratégias de verificação de fatos os mais diversos.

Nesse contexto, existe uma vastidão de situações fáticas que despertam interesses os mais diversos, seja de pessoas físicas ou corporações – por meio de seus agentes.

Daí, na vivência familiar existem demandas de detetives particulares que são inusitadas, e outras que se tornam corriqueiras pela alta procura. Como exemplo, podemos citar a busca de cônjuges que contratam os serviços de detetives para averiguar a fidelidade de seus parceiros. Ou ainda os pais que almejam descobrir se os filhos estão usando drogas, *etc.*

Por outro lado, existem as demandas corporativas, que possuem um alto apelo e reúnem profissionais diversos na tutela dos interesses das pessoas jurídicas, principalmente diante de danos e perdas, ou na tentativa evitá-los.

Assim, desde a aplicação das novas técnicas de *compliance*, a exemplo das práticas de *due diligence* acerca do *Know your cliente*, *Know your supplier*, *etc.*, demandam a utilização de novas ferramentas e estratégias para obtenção, processamento, cruzamento e arquivamento de dados em uma velocidade/volume cada vez

127. Mesa de Estudos e Debates: Investigação Defensiva. Edson Luís Baldan, Gabriel Bulhões, Maria Elizabeth Queijo. São Paulo: Ibccrim, 2018. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/tvibccrim_video/875-Mesas-de-Estudos-e-Debates-Investigacao-Defensiva>. Acesso em: 2 abr. 2018.

maior. E são cada vez mais vastas as opções de bancos públicos e/ou privados de informações.

Por outro lado, as práticas cada dia mais comuns de investigações internas dentro das corporações para apuração de faltas éticas e/ou criminais, trazem para o cenário empresarial por mais essa razão as práticas de investigação privada.

De uma forma geral, tem-se que a investigação permite a aquisição, compilação e análise estratégica de informação cada em volume exponencialmente maior e mais qualificada, e isso faz com que a adoção dessas estratégias se torne uma excelente vantagem competitiva inclusive de mercado.

4.2.1. A INVESTIGAÇÃO PARTICULAR DE QUESTÕES PRIVADAS

Quando se fala de investigação particular, inevitavelmente se trata de questões particulares; mas, na verdade, aqui queremos estabelecer um recorte mais atinente à vida privada, intimista, quase que da vida familiar. Estamos lidando, conforme explicitado anteriormente, com as questões de infidelidade conjugal, desconfiança marital de outras ordens, averiguação paterna de questões como uso de drogas, *etc.*

Pode-se dizer que essa é a principal demanda dos detetives particulares, para os quais desde logo remetemos o leitor ao item 10.12 para uma análise mais aprofundada da profissão, sua história, regulamentação e outros aspectos interessantes e úteis à presente discussão.

A Lei Federal n.º 13.432, de 11 de abril de 2015, regulamentou o exercício da profissão de detetive particular, estabelecendo uma série de preceitos de conduta, de viés deontológico e com observância obrigatória sob pena de responsabilização cível, administrativa e criminal.

É preciso lembrar sempre do necessário dever de respeito às leis e todas as garantias constitucionais do cidadão brasileiro, sendo absolutamente vedado o desrespeito em qualquer grau, sob qualquer pretexto, em prol de uma investigação particular.

Assim, observa-se que com a regulamentação legal, apesar da profissão ser reconhecida há muito tempo como lícita no Brasil, houve uma impulsão com grande visibilidade gerada a partir do

diploma normativo. A Lei, portanto, trouxe novamente o debate acerca da investigação privada para a pauta do dia, traçando novos parâmetros para esta atuação e provendo segurança jurídica para a sua utilização inclusive em processos judiciais – criminais ou não.

Ademais disso, grande parte dessas demandas possuem um potencial de desvelar em alguma disputa judicial, sendo que uma parte significativa poderia ensejar reparação cível e/ou responsabilização criminal. Daí surge uma enorme relação da tradicional demanda da investigação privada com a novel forma de atuação da advocacia investigativa.

Por fim, é importante fazer algumas diferenciações conceituais e terminológicas, no sentido de distinguir o que seria uma Investigação Privada *lato senso* (gênero composto por todas as investigações não-estatais), de uma Investigação Privada *stricto senso* (que seria uma espécie de investigação particular, no sentido de busca geral de questões particulares).

Da mesma forma, é preciso diferenciar uma Investigação Privada *stricto senso*, de uma Investigação Defensiva (ou Investigação Privada Defensiva, ou Investigação Criminal Defensiva), no sentido de que esta última deve ser conduzida por profissional habilitado, seguir e respeitar as normas regentes, bem como estar finalisticamente direcionada a uma produção probatória de aporte a uma tese jurídica.

4.2.2. A INVESTIGAÇÃO CORPORATIVA

No ambiente corporativo, pode se falar que o *Compliance* reúne, na estruturação de um bom programa, algumas atividades investigativas, em momentos distintos.

Mais classicamente, há a remissão imediata às chamadas “investigações internas” ou “investigações corporativas”, as quais visam apurar falhas e crimes cometidos pelos próprios colaboradores da pessoa jurídica, e que pode se originar de uma denúncia de algum canal interno, por provocação externa ou até mesmo de própria iniciativa do(s) Diretor(es) e/ou *Chief Compliance Office* (CCO), ou outra instância decisória.

É preciso haver algumas preocupações procedimentais a fim de evitar a invalidação futura das tomadas de depoimentos unilaterais, a exemplo das preocupações naturais com a cadeia de custódia da produção e armazenamento daqueles elementos

de informação, ou com a autuação do caderno de provas em ordem lógica/cronológica. Ainda, é preciso observar sempre a submissão das conclusões investigativas ao Comitê de Ética e/ou à Diretoria e também ao CCO, sendo sempre recomendável que não se deixe a ciência e decisão sobre o encaminhamento dos resultados investigativos concentrados em uma pessoa singular.

Por outro lado, é preciso observar também os direitos dos funcionários, como i) o direito de ciência das suspeitas; ii) o de não produzir provas contra si mesmo; iii) de estar acompanhado de advogado; e iv) o respeito ao sigilo das comunicações pessoais daqueles colaboradores investigados.

Noutro quadrante da análise, está o conjunto de técnicas de *Due diligence*, que vai desde o monitoramento de *clientes* (KYC – *Know Your Client*), *sócios* (KYP – *Know Your Partner*), *empregados* (KYE – *Know Your Employee*) até *fornecedores* (KYS – *Know Your Supplier*).

Por fim, as cada vez mais comuns Operações de Fusões e Aquisições¹²⁸ (M&A – *Mergers and Acquisitions*), também podem ser consideradas como um novo campo para desbravamento da advocacia investigativa, em razão de termos a apuração de ativo e passivos, fraudes e simulações contábeis e/ou patrimoniais e outras implicações que precisam de esclarecimento e segurança para a devida fruição dos negócios dessa natureza.

4.3. A CARACTERIZAÇÃO DA ATIVIDADE DA ADVOCACIA INVESTIGATIVA

Como é sabido, a advocacia é uma atividade privada – ainda que essencial à Justiça¹²⁹ e detentora de um *múnus* público. Nesse diapasão, observa-se que a máxima “de que é permitido fazer, tudo aquilo que não for proibido” é plenamente aplicável à atuação profissional do advogado, acobertado ainda que está do direito fundamental do livre exercício das atividades profissionais (para uma melhor análise do tema, remetemos o leitor

para o tópico 3.2.6)¹³⁰.

Não é regida, pois, a advocacia pela lógica do servidor público, para o qual “somente é possível fazer, aquilo que for determinado ou permitido em lei”.

Sendo assim, mesmo sem qualquer incentivo ou regulamentação, cabe ao advogado agir, dispondo de todas as ferramentas e estratégias legais de captação e documentação de informações relevantes (fatos e/ou indícios) para corroboração ou contraposição a fatos e teses jurídicas.

Todavia, embora se tenha uma expectativa de que o advogado criminal deva envidar todos os esforços possíveis e necessários para a defesa dos interesses dos seus constituintes, a investigação defensiva, que é uma forma de otimizar essa busca, não é uma realidade praticada em nosso país.

Com a investigação defensiva, portanto, confere-se uma maior ressonância aos anseios da advocacia e dos próprios cidadãos que garantem seus direitos por meio dos seus advogados, muito mais capazes de dar vazão ao potencial das demandas a partir da instrumentalização probatória das mesmas. Assim, são oferecidas maiores condições do advogado materializar, do ponto de vista probatório, as suas teses e pleitos¹³¹.

Assim se “permite à defesa preparar-se adequadamente e sustentar a própria tese, seja porque contribui a garantir o direito à prova em qualquer estado e grau do procedimento, seja, enfim, porque volta-se a realizar cabalmente o princípio de paridade que, como já dito, constitui uma das pilstras sobre a qual se funda a reforma do justo processo”¹³².

Contudo, é bem verdade que essa nova forma de atuação profissional da advocacia exige uma mudança significativa de cultura e de perspectiva, a exemplo da maior energia a ser demandada do profissional, que passa a ter uma postura nitidamente mais (pro)ativa na defesa dos interesses de seus constituintes.¹³³

128. Conforme a Lei das Sociedades Anônimas (Lei Federal n.º 6.404/76):

“Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.” e “Art. 228. Fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações”.

129. CF – “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

130. CF – “Art. 5º (...) XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; (...)”

131. Op. Cit.

132. VANTAGENS DA INVESTIGAÇÃO PRÓPRIA PARA O DEFENSOR (SCORZA, Franco; SCORZA, Paola. L'Attività Investigativa del Difensore nel Giusto Processo. Piacenza: La Tribuna, 2003, p. 64/65)

133. Op. Cit.

Nesse contexto, deve-se ainda discutir a ressignificação de tipos penais já postos – a exemplo do artigo 142, I, CP (tipo permissivo dos crimes contra a honra)¹³⁴ ou do artigo 347, do CP (tipo proibitivo da fraude processual)¹³⁵, ou até mesmo criar novos dispositivos legais, atinentes a essa nova realidade.

Nesse ínterim, a advocacia criminal tem a oportunidade de se reinserir no debate público e no cenário social, a partir da ressignificação de suas funções e papéis, muito mais atrelados agora à evitação de erros judiciais e condenações injustas, e também no suporte às vítimas de crimes em geral.

Assim, valiosa a lição jurisprudencial da Corte de Cassação Italiana, a seguir representada:

Ao defensor penal que assume as vestes de investigador é reconhecida uma dúplice qualidade: aquela de exercente de um serviço de necessidade pública na relação com o próprio assistido (imputado ou pessoas ofendidas), o qual se vale de sua obra para a tutela dos seus interesses no procedimento penal, e aquele de oficial público no momento em que documenta a atividade de Inquérito Defensivo com as modalidades e nas formas previstas pelo Código de Processo Penal¹³⁶

Está-se a romper, pois, com um modelo tradicional de investigação e Defesa criminal de base reativa e dependente do Estado, além de formal e burocrática.

4.3.1. ATIVIDADE ADVOCATÍCIA E A FÉ PÚBLICA

Prosseguindo na discussão, é preciso dizer que a atividade advocatícia, como uma profissão que exerce um *múnus* público (artigo 133, CF), poderia possuir fé pública no sentido de conferir autenticidade aos documentos por si atestados. É uma discussão válida que já possui até certa normatização a nível nacional (artigo 1º¹³⁷, da Lei Federal n.º 11.925, de 17 de abril

de 2009¹³⁸; e artigo 11, *caput* e §1º¹³⁹, da Lei Federal n.º 11.419, de 19 de dezembro de 2006¹⁴⁰), em alguns estados¹⁴¹, e ainda em nível administrativo¹⁴².

A Lei Federal n.º 11.925/2009, acima referenciada, trouxe a fé pública para todos os documentos emitidos e autenticados pelos advogados, bastando que se faça menção ao fundamento legal e se declare expressamente tal condição, sob as penas de responsabilização criminal do profissional que atestar falsamente a veracidade de algo.

Nada obstante a isso, pelo fato da lei citada possuir um escopo de abrangência adstrito à Justiça do Trabalho¹⁴³, tendo em vista que altera dispositivos legais da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), entende-se que tal fundamento legal pode ser aduzido; sem, no entanto, conferir qualquer segurança jurídica à advocacia e/ou encerrar a discussão sobre a questão.

Quanto à discussão, já se manifestou o Tribunal Constitucional Federal, (TCF), a Suprema Corte Alemã, conforme narrado por Karl Heinz Gössel¹⁴⁴, pois o advogado exerce uma “profissão de confiança ligada ao Estado, que lhe outorga uma posição similar à dos funcionários obrigados quanto à verdade e à justiça”.

138. “Dá nova redação aos arts. 830 e 895 da Consolidação das Leis do Trabalho-CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943.”

139. “Art. 11. Os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida nesta Lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais. § 1º Os extratos digitais e os documentos digitalizados e juntados aos autos pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas autoridades policiais, pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos e privados têm a mesma força probante dos originais, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização.”

140. “Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências.”

141. **Projeto de lei autoriza advogados a autenticar documentos em Goiás.** 2018. Disponível em: <<https://www.jornalopcao.com.br/ultimas-noticias/projeto-de-lei-autoriza-advogados-autenticar-documentos-em-goias-118039/>>. Acesso em: 25 fev. 2018. ; e **SEM BUROCRACIA SP dispensa exigência de cópia autenticada de documento.** 2008. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-jan-24/sp-dispensa-exigencia_copia_autenticada_documento>. Acesso em: 20 fev. 2018.

142. Conforme art. 584, §§1º e 2º, da Instrução Normativa 45/2010 do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS).

143. Nesse sentido: **MUDANÇA NA CLT Leia lei que reconhece fé pública de advogado.** 2009. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-mai-08/leia-lei-reconhece-fe-publica-advogado-justica-trabalho>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

144. GÖSSEL, Karl Heinz. “La Defensa en el Estado de Derecho y las Limitaciones Relativas al Defensor en el Procedimiento contra Terroristas”, in **Doctrina Penal, Teoría y Práctica en las Ciencias Penales**, ano 3, nº 9 a 12. Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 229.

134. “Art. 142–Não constituem injúria ou difamação punível: I–a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador; (...)”

135. “Art. 347–Inovar artificiosamente, na pendência de processo civil ou administrativo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito: Pena–detenção, de três meses a dois anos, e multa. Parágrafo único–Se a inovação se destina a produzir efeito em processo penal, ainda que não iniciado, as penas aplicam-se em dobro.”

136. Sentença de 17-01-2005, Corte de Apelo de Torino, Seção I, n. 3.291, confirmada pela Corte de Cassação Italiana.

137. “Art. 1º (...) passam a vigorar com a seguinte redação: “Art. 830. O documento em cópia oferecido para prova poderá ser declarado autêntico pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal. (...)”

É importante assentar que a fé pública é conferida por lei a determinados servidores públicos ou agentes delegados os quais atestam a veracidade/autenticidade de determinado fato, ato ou situação jurídica em um documento¹⁴⁵.

Por exemplo, os servidores públicos em geral, por determinação constitucional (artigo 5º, XXXIV, b)¹⁴⁶) e legal (artigo 116, V, c)¹⁴⁷, da Lei Federal n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990¹⁴⁸) devem expedir as certidões que lhes forem solicitadas por qualquer cidadão, atestando situações ou fatos com relevância jurídica dentro de suas atribuições/funções.

Outro exemplo claro é o dos notários, tabeliães, oficiais de registro ou registradores, profissionais dotados de fé pública (artigo 3º¹⁴⁹, da Lei Federal n.º 8.935/1994), fazendo inclusive prova plena os seus documentos produzidos (artigo 215¹⁵⁰, do Código Civil).

Assim, quanto aos Tabeliães, a fé pública “afirma a certeza e a verdade dos assentamentos que o notário e oficial de registro pratiquem e das certidões que expeçam nessa condição, com as qualidades referidas no artigo 1º¹⁵¹ da Lei n.º. 8.935/1994¹⁵²”.

Nessa discussão se insere, então, a contenda já travada acerca da natureza da atividade advocatícia, quando se concluiu

145. “PODER CERTIFICANTE DO SERVENTUÁRIO DE JUSTIÇA-FÉ PÚBLICA A função certificante, enquanto prerrogativa institucional que constitui emanção da própria autoridade do Estado, destina-se a gerar situação de certeza jurídica, desde que exercida por determinados agentes a quem se outorgou, ministério legis, o privilégio da fé pública.” (STF – Agravo Regimental em Agravo de Instrumento na Pet. n.º 146785/DF, Relator: Ministro Celso De Mello, Primeira Turma, DJ: 15-5-1998)

146. “Art. 5º (...) XXXIV–são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: (...) b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal; (...)”

147. “Art. 116. São deveres do servidor: (...) V - atender com presteza: (...) b) à expedição de certidões requeridas para defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal; (...)”

148. “Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.”

149. “Art. 3º Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.”

150. “Art. 215. A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena.”

151. “Art. 1º Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.”

152. DA SILVA, João Teodoro. *Serventias Judiciais e Extrajudiciais*, Belo Horizonte, Serjus, 1999, p.17.

pela natureza privada dessa atividade, que carrega ainda o exercício de um *mínus público* o qual confere algumas particularidades à atividade do advogado.

Por outro lado, mesmo a fé pública conferida por lei aos agentes já discriminados, possuem uma presunção relativa de veracidade, *iuris tantum*, portanto, sendo oponível a ela provas idôneas e inequívocas em sentido contrário. Neste sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, conforme se vê:

PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DAS CERTIDÕES EMANADAS DOS ÓRGÃOS AUXILIARES DO JUÍZO. – As declarações emanadas dos servidores estatais que atuam no âmbito das Secretarias dos Tribunais judiciais, consubstanciadas em certidões exaradas em razão de seu ofício, revestem-se – essencialmente em função da fé pública de que gozam tais agentes auxiliares do Juízo – de presunção juris tantum de legitimidade e de veracidade (RTJ 133/1235), prevalecendo, sempre, aquilo que nelas se achar atestado, até que se produza prova idônea e inequívoca em sentido contrário.¹⁵³

Sendo assim, diante de suspeitas de fraudes que houve participação (dolosa, culposa ou objetiva) de agentes públicos e/ou delegados possuidores de fé pública, pode-se até mesmo contrapor provas às certidões, atas, escrituras e outros documentos lavrados e que inicialmente contavam com essa presunção de veracidade/autenticidade.

Por conseguinte, conclui-se que a advocacia desempenha uma atividade *sui generis*, pois se insere na lógica das atividades privadas e do livre exercício profissional, mas também desenvolve uma função essencial à Justiça, por meio de um *mínus público*. Tudo isso, pois, representa o cenário de fundo que permeia a discussão acerca da possibilidade/legitimidade da investigação defensiva no Brasil de hoje. Ainda, pode se dizer, quanto à área criminal, não há qualquer segurança jurídica quanto ao ponto.

4.3.2. POSSIBILIDADE DE SUBCONTRATAÇÃO

Conforme previsão específica no Provimento n.º 188/2018-CFOAB, a investigação defensiva é atividade privativa da advocacia e legítimo exercício profissional¹⁵⁴.

153. STF – Agravo Regimental em Agravo de Instrumento na Pet. n.º 375124/MG, Relator: Ministro Celso De Mello, Segunda Turma, DJ: 28-6-2002.

154. “Art. 7º As atividades descritas neste Provimento são privativas da advocacia, compreendendo-se como ato legítimo de exercício profissional, não podendo receber

Ainda, pode ser objeto de subcontratação de serviços especializados de outro advogado ou banca, devendo tal decisão ser comunicada pelo advogado condutor da estratégia processual e aprovada previamente pelo constituinte¹⁵⁵.

.....
qualquer tipo de censura ou impedimento pelas autoridades.”

155. Nesse sentido a minuta originária proposta ao CFOAB, no art. 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.”

Capítulo 5

.....

LIMITAÇÕES À INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

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, é a circunscrição negativa ao modelo de atuação da investigação defensiva passível de ser implementada no Brasil.

Como exemplo das limitações constitucionais, podemos citar todos os sigilos telefônico, telemático, fiscal, bancário, de correspondência *etc.*, ou ainda a inviolabilidade domiciliar (artigo 5º, XI, CF¹⁵⁶).

No plano legal, além de todas as possibilidades civis de violação ao direito de outrem¹⁵⁷, e ainda das condutas tipificadas e com relevância penal, pontua-se o valor que desempenha o Estatuto da Advocacia e da OAB (EAOAB), a Lei Federal n.º 8.096, de 4 de julho de 1994, como lei de regência da advocacia e da OAB.

Por fim, temos as determinações normativo-administrativas do CFOAB e suas respectivas seccionais, o Código de Ética e

.....
156. “Art. 5º (...) XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; (...)”

157. Devendo se considerar sempre que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito poderá ser afastada da tutela judicial (conforme art. 5º, XXXV, CF – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), e ainda, 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 – “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”).

Disciplina da OAB (Resolução n.º 02/2015-CFOAB), bem como demais resoluções, provimentos, em especial o n.º 188/2018-CFOAB, instruções normativas, bem como o Regulamento Geral do EAOAB.

E ainda, afora as *limitações normativas*, que são objetivas e oponíveis genericamente a todos, ainda há limitações de ordem *material* e de ordem *cognitiva* (criativa).

5.1. LIMITAÇÕES NORMATIVAS

Conforme já se abordou (Capítulo 2, ao qual remetemos o leitor para uma análise mais detida de todos esses níveis normativos), embora não haja uma previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, a investigação defensiva é uma prática consoante com uma interpretação sistemática do bloco constitucional e das normas internacionais.

Pode se falar, portanto, que a garantia da investigação defensiva é um corolário de concretização de vários princípios constitucionais, a exemplo da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, da presunção de inocência, do livre exercício das profissões e ainda guarda relação íntima com o aprimoramento dos sistemas de Segurança Pública e da Administração da Justiça.

No plano jurídico interno, existem diversas leis e dispositivos no Código de Processo Penal que garantem a iniciativa probatória ao particular e, conseqüentemente, à advocacia. Para tanto, observa-se que a investigação defensiva é uma prática utilizada, ainda que rudimentarmente, pela advocacia criminal brasileira.

Por outro lado, há um completo vazio normativo quanto à deontologia da investigação defensiva, tendo em vista que o Estatuto da Advocacia e da OAB, bem como o seu respectivo Regulamento Geral, e ainda os Provimentos (até então) e outros atos normativos do CFOAB jamais se ocuparam do tema. Neste ponto, estamos com Diogo Malan quando afirma que “os estatutos deontológicos da advocacia brasileira são omissos quanto a essa questão”¹⁵⁸. Há, conforme exaustivamente tratado ao longo

158. MALAN, Diogo. INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO PROCESSO PENAL—DEFENSE INVESTIGATION IN THE CRIMINAL PROCEDURE Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 96/2012 | p. 279–309 | Mai–Jun / 2012.. P. 2.

deste texto, o Provimento n.º 188/2018-CFOAB, que introduz essa normatização no país, mas que é apenas um ponto de partida que somente se sedimentará com alterações legislativas específicas.

Inobstante, existem dispositivos espalhados por esses instrumentos normativos os quais podem interessar à investigação defensiva, motivo pelo qual abordou-se também esse plano da discussão.

5.2. LIMITAÇÕES COGNITIVAS

Em outro aspecto, quanto à limitação cognitiva (criativa), há que se perceber a complexidade do mundo, expressada na variedade possível de casos concretos.

Isso certamente demandará do profissional uma incomum sagacidade para aplicação dos instrumentos, mecanismos, diligências e profissionais assessores, e ainda para sua própria atuação, tudo em prol de uma maior dinamicidade e, conseqüentemente, uma maior eficácia/eficiência da investigação aos seus objetivos propostos.

Apesar de existirem textos, e futuramente até mesmo outros manuais de investigação defensiva, jamais os livros e manuais poderão abranger a dinamicidade e variedade de demandas do mundo dos fatos.

Nesse sentido, observe-se o escólio de Diogo Malan:

(...) nenhum conjunto de normas de atuação profissional pode disciplinar satisfatoriamente a vasta gama de decisões táticas que podem ser tomadas na condução estratégico-operacional das causas criminais sem engessar a independência e a liberdade de atuação do advogado.¹⁵⁹

Pelo exposto, a investigação defensiva é realizada exclusivamente por conta própria ou somando-se a profissionais habilitados e contratados para tal finalidade, executando uma coleta de dados e informações de forma planejada, com conhecimento técnico e utilizando recursos e meios tecnológicos permitidos, visando o esclarecimento de assuntos de interesse privado do constituinte (mesmo que possam refletir questões de ordem e interesse públicos).

159. MALAN, Diogo. INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO PROCESSO PENAL—DEFENSE INVESTIGATION IN THE CRIMINAL PROCEDURE Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 96/2012 | p. 279–309 | Mai–Jun / 2012. P. 6.

Tudo isso requer uma gama de competências e conhecimentos para os quais o advogado não se preparou durante a graduação, e em regra também não depois dela. Sendo assim, se transforma em um desafio ainda maior para a advocacia, o exercício com excelência dessa nova ferramenta que é a investigação defensiva.

Conhecimentos os mais diversos acerca de tecnologias, arquivologia, cadeia de custódia, ciências periciais, entre muitos outros temas serão exigidos. E não há como pré-determinar em absoluto quais serão os conhecimentos necessários à realização desta ou daquela investigação defensiva. Isto vai depender do contexto concreto posto em discussão.

Com isso, não se quer dizer que não se possa propor uma grade mínima de conhecimentos essenciais para a boa consecução de investigações defensivas, a exemplo de informações relacionadas às técnicas especiais de investigações ou da própria atuação dos Autos de Investigação Defensiva (AID). É possível fazer isto sim.

Se está a chamar atenção para o fato de que, mesmo com a maior preparação que se possa ofertar, sempre haverá novas situações que colocarão à prova a perspicácia do advogado para apresentar, naquele caso concreto, a melhor solução em termos de diligências a serem perseguidas.

Imagine-se, por exemplo, uma demanda de assessoramento às vítimas de uma gestão fraudulenta feita por um sócio que desviou milhões, no lapso temporal de vários anos, a partir de complexas operações financeiras e bancárias de camuflagem dos balanços contábeis a partir da simulação de saídas e entradas de mercadorias em diversos estoques espalhados em uma determinada área geográfica, utilizando-se para isso de uma rede de sociedades empresárias constituídas apenas para auxiliar esta fraude. Percebe a complexidade?

Ou se, por outro lado, procura-se os serviços de investigação defensiva para provar que as perícias realizadas pelo Ministério Público em obras rodoviárias feitas por licitação federal não são corretas e que o apontado superfaturamento é na verdade um ajuste operacional feito em razão de condições naturais de chuva dos locais das obras as quais interferiram na densidade das terras causando o chamado *solo mole*. Difícil exigir que o profissional

saiba as minúcias de todas as situações possíveis. Humanamente impossível, na verdade.

Assim, diante da especificidade de conhecimentos e práticas demandadas pela investigação defensiva, tal atividade exige do advogado um dispêndio de energia e atenção para suprir uma prévia lacuna informacional no que toca às questões técnicas da área que se está a debruçar.

Esse desafio, portanto, é uma condição sem a qual essa atividade não pode se desenvolver, em específico, assim como não se desvincula dela a atuação do criminalista no chamado Direito Penal Econômico, no geral.

5.3. LIMITAÇÕES MATERIAIS

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, nessa ótica, o custo econômico inerente às medidas e às diligências necessárias a uma investigação defensiva, sendo certo que existem várias ferramentas de baixo custo, enquanto que outras são extremamente custosas (por exemplo a contratação dos serviços de detetives particulares e a consulta a determinados bancos de informações).

Não há, pois, como se afirmar que a investigação defensiva passará a ser utilizada apenas pelos mais ricos da sociedade, tendo em vista que há diligências de baixo ou nulo custo, a exemplo da busca de informações na internet, em redes sociais, bancos públicos de informações e cartórios.

Por outro lado, por certo, existem ferramentas mais avançadas, tecnologicamente orientadas, que podem ser demandas a depender do caso concreto, e que possuem um alto custo de utilização. Geralmente, essas ferramentas são aplicadas em casos mais complexos, os quais envolvem maiores cifras.

Persiste, no entanto, a discussão acerca da limitação material que a investigação defensiva traz, buscando formas de minimizar ou de desviar destes entraves, a fim de maximizar o potencial de cidadania trazido neste instituto.

Nessa discussão se insere o relevantíssimo papel das Defensorias Públicas, instituição com assento constitucional (art. 134,

CF¹⁶⁰) sobressaltando a necessidade de estruturação com investimento em pessoal e material voltados à prática da investigação defensiva, no âmbito dessas instituições, visando albergar as demandas das pessoas pobres¹⁶¹ na forma da lei.

.....
160. “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.”

161. CF – Art. 5º (...) LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; (...)”

Capítulo 6

.....

DEVER E VALORES DO ADVOGADO CONDUTOR¹⁶²

Sem qualquer pretensão de esgotar a matéria, 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?

Nesse ponto, chama-se atenção ao cuidado que se deve ter com os direitos e garantias fundamentais de qualquer pessoa, física ou jurídica, que seja diligenciada dentro de uma investigação defensiva. Não é preciso dizer que a conduta a qual intente violar, sem autorização judicial, o sigilo de outrem – fiscal, bancário, telefônico, telemático, de correspondência, entre outros – comete crime e está sujeito às sanções criminais, cíveis e administrativas cabíveis.

Não se trata, pois, de violar direitos alheios, senão se valer de instrumentos legais para assessorar a atuação prático-profissional desenvolvida pela advocacia criminalista, desde o noticiamento da ocorrência de uma conduta supostamente criminosa, até mesmo ao tempo posterior ao trânsito em julgado (visto que se podem angariar provas visando uma revisão criminal).

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

162. Esse tópico foi publicado originalmente, de forma parcial, no artigo: DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal brasileiro.** Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 304, p. , abr. 2018.

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.

Conforme já tratado em tópico próprio, um bom exemplo nos traz a *American Bar Association*, quando elenca valores para atuação do advogado de defesa norte americano, quais sejam: i) ética; ii) honestidade; iii) técnica; iv) discrição; v) zelo; vi) apreço pela verdade; e vii) vedação de causas cujas diligências e medidas contribuam para a prática de infração penal e/ou ética.

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 instituto complexo. E, com a análise de complexidade, exige-se 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.¹⁶³

Questionamentos surgirão naturalmente: o que deve fazer o advogado que confirmar a culpa do cliente? Ou ainda, 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. Daí, se avulta a necessidade e urgência de criação de códigos deontológicos e manuais de melhores práticas profissionais.

.....
163. Op. Cit.

Capítulo 7

.....

PLANEJAMENTO DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

Quando se fala em investigação defensiva é sempre importante atentar para a perspicácia e para a sagacidade, atreladas à visão jurídico-processual dispendida pelo advogado, no sentido de avaliar todas as provas documentais, testemunhais, periciais, etc., que podem ser produzidas.

E isso em todos os momentos, inclusive em caráter preventivo ou na fase pré-processual. Deve ser abandonada, portanto, a perspectiva inerte de que a Defesa somente deve se manifestar e, consequentemente se “movimentar” após o recebimento da Citação do Acusado para que seja elaborar a manifestação defensiva inicial.

Abordando tal problemática, observe-se a perspectiva de Leonardo Machado:

Por isso, cada vez mais necessário pensar em táticas de defesa e ataque no jogo investigatório, sob pena de inviabilizar por completo certas estratégias processuais. Aos que insistem em menosprezar a repercussão do pré-jogo e, portanto, nem sequer atuam nele ou não se preparam adequadamente para dinâmica da investigação, pouca coisa lhe restará no processo; será, de fato, como afirma o senso comum, ‘correr atrás do prejuízo’.¹⁶⁴

Entende-se, portanto, que o advogado deve avaliar todas as provas: (i) que já estão produzidas (documentos pessoais, comprovação de residência fixa, ocupação laboral, escolaridade, profissionalização, certidões diversas, documentos diversos *etc.*); (ii) que podem ser produzidas de forma privada (prova testemunhal – produção audiovisual antecipada, perícia privada, provas documentais diversas – em empresas privadas e/ou utilizando a Lei de Acesso à Informação); e (iii) que podem ser produzidas com o

.....
164. MACHADO, Leonardo Marcondes. **O amadorismo na investigação criminal cobra seu preço no jogo processual**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jan-26/academia-policia-amadorismo-investigacao-cobra-preco-jogo-processual>>, Acesso em: 2 mar. 2018.

auxílio do Juízo competente, por exigir o afastamento de certas garantias constitucionais (triangularização das ERB's, quebra de sigilo telefônico, telemático, bancário e/ou fiscal, busca e apreensão *etc.*).

É imprescindível avaliar com cuidado todas as provas já produzidas até ali, e ainda observar possibilidade de impugnação e nova produção das mesmas, em especial se já houverem sido produzidas no bojo de um Inquérito Policial ou Ação Penal, ainda que sob o crivo do contraditório.

Assim, pois, é papel do profissional condutor da investigação defensiva relacionar todas as provas que se almeja produzir, classificando-as em: (i) *previsíveis* ou *prováveis*, são as que já estão determinadas (apenas pendente de algo para sua produção) ou fazem parte dos procedimentos padrões de investigação; e (ii) *possíveis*, sendo aquelas outras que podem ser produzidas (ou não) a partir da perspectiva da investigação.

Por conseguinte, independentemente de ter que buscar autorização judicial para a devida produção, deve o advogado avaliar a possibilidade de produzir todos os tipos de provas: inquirição de testemunha; acareação; reconstituição da cena de crime; triangularização das ERB's – Estações de Rádio-Base; perícia técnica em aparelho celular; requisição de filmagens em câmeras de vigilâncias públicas e/ou privadas; perícias físicas (p. ex.; reconstituição da velocidade em crimes de trânsito), químicas (p. ex.: indicação de quesitos específicos acerca da substância apreendida na produção do laudo toxicológico) e/ou físico-químicas (p. ex.: aplicação de luminol para identificação de manchas de sangue em cenas de crime); possibilidade de anulação da perícia oficial por vício insanável e/ou produção de outra perícia independente e/ou indicação de peritos assistentes nas perícias oficiais do processo/investigação; afastamento dos diversos sigilos constitucionais ou a possibilidade de requisitar busca e apreensão, entre muitas outras que se fizerem cabíveis e necessárias.

Nesse ínterim, tendo noção da abrangência dos atos necessários à realização de uma investigação defensiva, faz-se necessária a cautela para obtenção de uma procuração com transferência de poderes especiais, com as finalidades e medidas específicas demandadas por essa atividade, não sendo suficiente procurações gerais/genéricas.

Capítulo 8

.....

FORMAS E CLASSIFICAÇÃO DE UTILIZAÇÃO¹⁶⁵

Prima facie, cumpre dizer que, com a utilização da investigação defensiva, o advogado de defesa criminal tem o *dever* de empreender todas as diligências possíveis e necessárias, ainda que haja 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 direitos, 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 Código de Processo Penal desde sua redação original, em 1941; quanto na fase pré-processual, *inclusive no sentido de angariar elementos de prova para subsidiar o início* (por meio de 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 instrumento que permita uma organização em ordem lógica e cronológica, para auxiliar as autoridades públicas responsáveis pelas devidas apurações/responsabilizações; e também as medidas judiciais levadas adiante pela pessoa jurídica, por seus sócios e/ou representantes legais,

.....
¹⁶⁵. Esse tópico foi publicado originalmente no artigo: DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. *Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal brasileiro*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 304, p. , abr. 2018.

na esfera cível.

Ainda, observa-se a utilização dessa atividade no ambiente empresarial, à exemplo: (i) das medidas e diligências implementadas para investigações internas, e (ii) 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 n.º 12.850/2013). Contudo, não se almeja nesse texto incursão acerca das questões éticas aqui implicadas, apenas existindo a necessidade de menção expressa¹⁶⁶.

Surge, assim, para o advogado, na área criminal, algumas possibilidades de atuação. Para fins didáticos, portanto, propõe-se a seguinte taxonomia, sendo encarada 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, ainda, iv) investigação defensiva colaboracional.

Ainda, quanto ao Setor Público, no que toca às Controladorias, Corregedorias e Ouvidorias, pode-se dizer que as técnicas e recursos da investigação defensiva podem otimizar a busca de informação para melhorar a apuração de falhas funcionais e/ou éticas, até condutas ilícitas e criminosas.

Em todos esses contextos e momentos, pois, pode se valer o cidadão, por meio da advocacia, das metodologias e ferramentas da investigação defensiva, estando tais hipóteses previstas em rol exemplificativo no próprio Provimento n.º 188/2018-CFOAB, conforme se expõe:

Artigo 3º A investigação defensiva, sem prejuízo de outras finalidades, orienta-se, especialmente, para a produção de prova para emprego em:

I – pedido de instauração ou trancamento de inquérito;

II – rejeição ou recebimento de denúncia ou queixa;

166. Sobre o tema, pode ser conferido: FOPPEL, Gamil. REGULAMENTAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA: nem tudo que reluz é ouro. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-16/gamil-foppel-regulamentacao-investigacao-defensiva>>, acessado em: 20 mar. 2019.

III – resposta a acusação;

IV – pedido de medidas cautelares;

V – defesa em ação penal pública ou privada;

VI – razões de recurso;

VII – revisão criminal;

VIII – habeas corpus;

IX – proposta de acordo de colaboração premiada;

X – proposta de acordo de leniência;

XI – outras medidas destinadas a assegurar os direitos individuais em procedimentos de natureza criminal.

Parágrafo único. A atividade de investigação defensiva do advogado inclui a realização de diligências investigatórias visando à obtenção de elementos destinados à produção de prova para o oferecimento de queixa, principal ou subsidiária.

Sendo assim, a advocacia pode se valer da investigação em muitos momentos, contextos e hipóteses. Quanto à Defesa Clássica, pode se falar do uso lícito/legítimo da investigação defensiva: i) antes de qualquer noticiamento oficial/formal; ii) na fase pré-processual; iii) na instrução processual; iv) em nível recursal; ou, até mesmo após o trânsito em julgado¹⁶⁷.

Quando da Execução Penal também pode o reeducando em cumprimento de pena se valer, por meio de sua Defesa Técnica, da investigação defensiva. Fala-se isso, pois, quando se tem a ocorrência de uma *falta grave*, há severas consequências, com apuração de fatos imputados, passíveis de defesa. Tem-se, pois, uma apuração preliminar, com regressão cautelar de regime, para somente depois ocorrer a chamada Audiência de Justificação, onde se produzem as provas perante o Juízo das Execuções Penais competente, sob o crivo do contraditório, para validar ou invalidar aquela imputação administrativa que altera, inclusive, a data-base para contagem do lapso temporal para fruição de benefício como progressão de regime, saída temporária, entre outros.

167. Nas conhecidas hipóteses de Revisão Criminal, prevista no CPP: “Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida: I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena. Art. 622. A revisão poderá ser requerida em qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após. Parágrafo único. Não será admissível a reiteração do pedido, salvo se fundado em novas provas.”

Por outro lado, a investigação defensiva em suporte às vítimas de crimes, pode se dar tanto em favor de pessoas físicas (vitimadas, por exemplo, por crimes contra a vida, crimes contra a honra – inclusive digitais, furto/roubo, apropriação indébita, estelionato e fraudes diversas, entre outros), bem como de pessoas jurídicas que são diuturnamente vítimas de atitudes criminosas de diversas ordens, e que geralmente não possuem qualquer desfecho resolutório satisfatório.

Exemplos comuns de crimes os quais são vítimas as pessoas jurídicas, pode-se falar em: i) furto de mercadorias; ii) desvio de caixa; iii) fornecimento de mercadorias falsificadas; iv) prestação de serviços irregulares; v) sonegação de documentos contábeis; vi) crimes contra a concorrência; vii) crimes do consumidor; viii) fraudes de todas as espécies, *etc.*

Seja ainda no suporte a indivíduos (colaboração premiada) ou empresas (leniência) que desejam cooperar com a persecução estatal, ou até no mundo corporativo (a partir de pilares importantes do *Compliance*, como as investigações internas e as medidas de *Due Diligence*, ou até nas operações de Fusões e Aquisições (*M&A – Mergers and Acquisitions*), o certo é que se abre um vasto mercado para a advocacia brasileira, até então pouco explorado.

Capítulo 9

.....

RELAÇÃO COM O JUÍZO CÍVEL E A BARGANHA

Nas disputas de interesses, notadamente quando de grande monta, há sempre uma margem para se buscar formas de resolução de conflitos extrajudiciais, em especial se somente busca-se o reflexo patrimonial da conduta ilícita apurada. E em muitos casos se objetiva apenas reaver um prejuízo econômico suportado, acrescido ou não de reparação moral, principalmente quando se trata de resolução de querelas empresariais.

Abre-se espaço, dessa forma, para um reposicionamento da parte naquela disputa, tendo em vista que pode empreender medidas para angariar provas as quais a coloque em uma posição de maior vantagem na conciliação, mediação ou arbitragem tentada, ou até mesmo em rodadas privadas de negociação.

Nesse contexto, vários fatores precisam ser considerados, como o forte apelo empresarial pela resolução de querelas com efeitos patrimoniais, em contraposição à morosidade da Justiça brasileira (cível, em especial). Assim, é preciso considerar a inegável e clara interface que existe entre as matérias fáticas de ambas as áreas, cível e criminal.

Aliado a isso, pois, tem-se a possibilidade de utilizar um maior poder de “convencimento”, quando se tem elementos de informação que indicam a ocorrência de condutas criminosas, bem como sua autoria (polo oposto da negociação cível, alvo da investigação criminal defensiva), face à disponibilidade inerente à atuação advocatícia e ao temor de uma reprimenda proveniente da evitável comunicação oficial para início da devida persecução criminal.

Capítulo 10

.....

TÉCNICAS ESPECIAIS DE INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

Não seria possível realizar uma investigação defensiva, sem as técnicas, ferramentas e profissionais auxiliares que, em última análise, materializam e viabilizam a própria atividade.

Dessa forma, qualquer suporte que o advogado utilize na investigação defensiva, seja uma estratégia de obtenção da informação, uma ferramenta física ou virtual (*software*), perícias de profissionais dos mais diversos ramos, empresas de suporte à litígios e sua infinidade de recursos, ou ainda qualquer outra forma que se apresente na prática como útil, comporão o arsenal de técnicas *lato senso* de investigação defensiva.

Nada obstante à riqueza do mundo dos fatos impor uma infinidade de possibilidades, impossíveis de previsão apriorística rígida, existem algumas opções que já se mostraram como adequadas e, portanto, utilizam-se os próximos tópicos para apresentá-las.

Dessa forma, de acordo com construção realizada em tomo próprio (capítulo 5), existem as limitações que serão as balizas para o advogado no curso da investigação defensiva. Tais limitações passam pelo respeito às normas (Constituição, Leis etc.), pela capacidade cognitiva e perspicácia para observação/aplicação das melhores técnicas ao caso concreto e, claro, a limitação de recursos que permitirá mais ou menos.

O projeto de Reforma do CPP, conforme já trabalhado (tópico. 3.3.6), apesar de ter previsão expressa do instituto da investigação defensiva no seu artigo 13, foi em seu texto muito aquém do que se poderia esperar, praticamente restringido toda a atenção dispensada ao disciplinamento da intimação e oitiva de testemunhas.

Ainda, recorre-se mais uma ao Provimento nº 188/2018 do

CFOAB, o qual prevê e até certo ponto disciplina a utilização de algumas dessas técnicas de investigação, a exemplo da pesquisa na rede mundial de computadores, da utilização de perícias diversas, inspeções e outras hipóteses adiante delineadas.

10.1. BUSCA POR INFORMAÇÕES PÚBLICAS NA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES

A busca por informações públicas na rede mundial de computadores é, sem dúvidas, a primeira das medidas que o advogado pode utilizar, seja por ato próprio ou por ato delegado, para ter acesso a uma vastidão de informações que existem disponíveis a frações de segundos em uma busca qualificada na Internet.

Por meio, por exemplo, das pesquisas em sítios virtuais, em especial a consulta a perfis públicos das diversas redes sociais hoje utilizadas, ou o aproveitamento de diversos bancos de dados e ferramentas atualmente à disposição.

Muitas dessas ferramentas são gratuitas, enquanto outras – mais sofisticadas, passam a cobrar uma contrapartida financeira para o fornecimento das informações. Muitos destes dados são cruzamentos e análises feitas a partir de outras informações disponíveis, sendo ainda recente e pouco maturada a questão da legalidade e da regulamentação do acesso aos dados.

No Brasil, O PLC 53/2018, ou Lei Geral de Proteção de Dados, foi aprovado em 10 de julho de 2018, à unanimidade, no Plenário do Senado Federal, que é o projeto de marco legal que regulamenta o uso, a proteção e a transferência de dados pessoais. O texto prevê, para utilização com processamento e cruzamento de informações, por exemplo, o consentimento do titular. O texto prevê ainda a possibilidade de uso dessas informações para processo judiciais e administrativos.¹⁶⁸ Anteriormente, o projeto já havia tramitado com aprovação na Câmara dos Deputados, sob o n.º 4.060/2012¹⁶⁹.

No texto, temos a conceituação de “dado pessoal” trazida no artigo 7º, I, o qual aduz: “qualquer informação que permita a identificação exata e precisa de uma pessoa determinada.”

¹⁶⁸. Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/07/10/projeto-de-lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais-e-aprovado-no-senado>>

¹⁶⁹. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548066>>

Nessa esteira, como bem é sabido, o Ordenamento Jurídico tutela a intimidade e a privacidade dos cidadãos, assim como o direito à inviolabilidade das comunicações telefônicas, **resguardadas as restritas situações nas quais Autorização Judicial reveste de legitimidade a incursão à vida privativa.**

Dado o exposto, deve-se enfatizar que a proteção à intimidade e à inviolabilidade das comunicações é tão fundamental para o Constituinte que ela figura no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, como pode ser analisado ao observar o artigo 5, incisos X e XII, da Carta Constitucional.

Nesse íterim, a proteção à intimidade dos indivíduos surge como uma forma de conter os limites do poder punitivo estatal e fazer com que a persecução penal ocorra mediante o respeito às devidas regras, de uma forma racional e constitucionalmente alinhada. Isso também deve se aplicar à Advocacia no que tange à prática da investigação defensiva que, como já vimos, possui natureza pública em sua consecução.

Logo, a violação aos dados e às comunicações telefônicas por parte de advogados é totalmente descabida e repleta de ilicitude. Não podendo, dessa forma, ser considerada como prova legítima em qualquer demanda judicial, muito menos como apta a lastrear uma condenação.

Ademais, o respeito à privacidade e às comunicações telefônicas é tão importante que, além da sua presença expressa no texto constitucional, há outros diplomas legais que tutelam a inviolabilidade e exigem prévia autorização judicial para que ocorra a devassa dos dados telemáticos.

Entre essas normas legais, a Lei Federal n.º 9.296, de 24 de julho de 1996, em seu artigo 1º, é cristalina ao **exigir autorização judicial** do juiz competente para julgar a ação principal. E, ainda tipifica no artigo 10 o **crime** de realizar interceptações telefônicas ou quebrar o sigilo de justiça sem autorização judicial.

Não obstante a isso, a Lei Federal nº 9.472, de 16 de julho de 1997, também prevê ao usuário dos serviços de telecomunicações o direito à privacidade, em seu artigo 3, complementando as disposições constitucionais.

E – mais recentemente – com a aprovação da Lei Federal nº 12.965, de 23 de abril de 2014, o artigo 7 do “Marco Civil da

Internet” vem estabelecer os direitos dos usuários da rede mundial de computadores, enfatizando o Direito à Privacidade e **ampliando os seus efeitos às comunicações privadas armazenadas**, na ausência de ordem judicial.

De toda forma, ainda estão disponíveis diversos bancos de informações, gratuitos ou pagos, que dispõem de diversas informações coletadas em fontes públicas, cuja apresentação sistematizada iria demandar um grande esforço por parte do profissional que as “garimpassem”, por exemplo, nas publicações em diários oficiais.

Sugere-se, neste quadrante, que o profissional reduza a diligência à termo, datando-a e assinando-a, e apresentando aquele registro com os *printscreen’s* em anexo, como resultado documental da pesquisa investigativa

Em reforço, sempre que possível, por causa principalmente da dificuldade em assegurar a autenticidade (cadeia de custódia da prova) a este tipo de documento, deverá o advogado registrar o que for apurado e considerado relevante em ata notarial, consoante preceitua o artigo 384, parágrafo único, do Código de Processo Civil¹⁷⁰, que deu novo e substancial alcance a este instrumento cartorário. Tal instrumento é a “ata notarial”, sobre a qual nos deteremos adiante.

10.2. INFORMAÇÕES CARTORÁRIAS E REGISTROS PÚBLICOS

Conforme já explanado em tópico próprio (2.3.3), o sistema cartorário e de registros públicos é um manancial inesgotável de informações à disposição da investigação defensiva.

Seja para buscar informações em geral de pessoas físicas, jurídicas, ou ainda bens imóveis e outros tipos de documentos que, por exigência legal e/ou conveniência para as partes, são registrados em cartório; essa sem dúvidas se apresenta como uma rica ferramenta que possui potencial de influir sobre uma série de questões.

Nunca é demais repetir que informação, e principalmente

170. “Art. 384. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião. Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial”.

informação qualificada, possui suma importância diante dos contextos envolvendo demandas judiciais. E não poderia ser diferente na seara criminal, seja na Defesa clássica, seja na assistência às vítimas.

Nesse prisma, apesar de ser importante considerar dispositivos contidos na Lei n.º 8.935/1994¹⁷¹, é fundamental escrutinar as disposições da Lei n.º 6.015/1973¹⁷². Esta última Lei, contendo 299 artigos, disciplina de forma minudente quais dados devem ser obrigatoriamente registrados pelos cartórios, qual sua forma de registro (escrituração por ordens de serviço), o procedimento para fornecimento após solicitações (publicidade), a forma de conservação desses registros, entre outras questões relacionadas.

Abrange: i) o registro civil de pessoas naturais, interessando os dados em geral sobre os nascimentos, casamentos, óbitos, emancipações, interdições, entre outros (artigo 29); ii) o registro civil de pessoas jurídicas, velando pelos contratos sociais, atos constitutivos, estatutos, *etc.* (artigo 114), e ainda quanto às pessoas jurídicas, sua denominação, fundo social, fins, sede, tempo de duração, modo de administração e de representação, se existe responsabilidade subsidiária e outras questões mais (artigo 120); iii) o registro de títulos e documentos, autuando diversos atos e negócios jurídicos em aportes documentais, conforme pode ser visto no Título IV da Lei; e iv) o registro de bens imóveis, naturais e equiparados legalmente.

Tudo isso, atrelado ao direito de petição e de certidão (artigo 5º, XXXIV, *a e b*, CF¹⁷³), confluyente com as competências traças na Lei n.º 8.935/1994 (artigo 11, VII e artigo 13, III) e na Lei n.º 6.015/1973 (artigos 16, 17, 19 e 20), se apresenta como um arsenal legalmente assegurado à disposição das atividades e diligências relacionadas à investigação defensiva.

10.3. ATA NOTARIAL

Estamos diante de um sistema eminentemente documental, fruto da tradição burocrática ibérica. Isto é um fato inegável.

171. “Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios)”

172. “Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências.”

173. “Art. 5º (...) XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal; (...)”

Sendo assim, talvez o instrumento mais importante para transformar em documento com fé pública as mais diversas situações possíveis, seja a Ata Notarial (há notícias, inclusive, de Atas Notariais sendo usadas no Brasil desde a época do Império).

Há muito prevista no artigo 7º, inciso III, da Lei Federal n.º 8.935/1994¹⁷⁴, é uma excelente forma¹⁷⁵ de conferir uma maior credibilidade¹⁷⁶ a documentos muitas vezes até pouco palpáveis (como um áudio oriundo do aplicativo *Whatsapp*, por exemplo). Outro ponto fundamental, em especial caso se trate de arquivos/documentos digitais, é a identificação e registro em Ata Notarial dos metadados (que são aqueles referentes à localização, máquina de origem, dia, hora e outras informações mais que ficam registradas nos arquivos quando de sua criação/armazenamento).

A previsão legal foi incluída no Novo Código de Processo Civil¹⁷⁷, o qual previu em seu artigo 384 a ata notarial, aduzindo que “A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião”. Isso, dentro do capítulo reservado às provas.

O parágrafo único do dispositivo supracitado ainda prescreve expressamente que “dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial”.

Tais normas devem ser lidas em compasso com a previsão do artigo 405, segundo o qual “o documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrevem, o chefe de secretaria, o tabelião ou o servidor declarar que ocorreram em sua presença”.

Quanto à conceituação desse instrumento cartorário, observe-se a seguinte definição:

Instrumento público autorizado por notário competente, a requerimento de uma pessoa com interesse legítimo e que,

174. “Art. 7º Aos tabeliães de notas compete com exclusividade: (...) III–lavar atas notariais; (...)”

175. “Ata Notarial é instrumento destinado ao registro de fatos jurídicos–sejam eles naturais ou voluntários–com consequências ou possíveis consequências jurídicas”, in PEREIRA, Antonio Albergaria. *Ata Notarial*. Boletim Cartorário da Edição 6–1996.

176. “Ata notarial é a descrição, por tabelião, de fato por ele verificado, que passa a ter a presunção de verdadeiro para todos os efeitos, em juízo ou fora dele.”, conforme POISL, Carlos Luiz. Idealizador da ata notarial na Lei 8.935/94.

177. Instituído pela Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015.

fundamentada nos princípios da função imparcial e independente, pública e responsável, tem por objeto constatar a realidade ou verdade de um fato que o notário vê, ouve ou percebe por seus sentidos, cuja finalidade precípua é a de ser um instrumento de prova em processo judicial, mas que pode ter outros fins na esfera privada, administrativa, registral, e, inclusive, integradores de uma atuação jurídica não negocial ou de um processo negocial complexo, para sua preparação, constatação ou execução.¹⁷⁸

São inúmeras as hipóteses de aplicação desse instrumento, com o fito de documentar “a narrativa dos fatos ou a materialização de algo em forma narrativa do que presencia ou presenciou, vendo e ouvindo com seus próprios sentidos e lavrando um documento qualificado com a mesma força probante da escritura pública e fé pública inerente do tabelião”¹⁷⁹.

Inicialmente se pode frisar a extrema relevância da ata notarial para documentar eventos digitais, podendo haver a certificação quanto à pré-constituição de prova acerca: i) de páginas da internet ou outros documentos eletrônicos; ii) da data e da existência de arquivos eletrônicos; iii) de fatos caluniosos/difamatórios/injurious cometidos na rede virtual; iv) de uso indevido de imagens, textos, logotipos *etc.*, entre outras situações¹⁸⁰⁻¹⁸¹.

Por outro lado, aponta-se também a ausência de cuidado com a veracidade/autenticidade das informações, em especial digitais, chegando-se a afirmar que “surpreende sua aceitação como documento com força probante e relevância jurídica”¹⁸². Como já se mencionou, por exemplo, o zelo e cuidado com identificação e registro dos metadados dos arquivos sobre os quais se debruçam as atas notais, pode aumentar consideravelmente o nível de integridade desta forma de prova judicial.

Seguimos acreditando que a ata notarial é sim um excelente

178. IPIENS, José Antonio Escartin. *El acta notarial de presencia en el proceso*. In: Revista del Notariado. n.º 399, p. 176.

179. Disponível em: < <http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MzM5Mg==&filtro=9&Data=>

180. Disponível em: < <http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MzM5Mg==&filtro=9&Data=>

181. Nessa hipótese, pode-se solicitar ao tabelião que averigue a existência de um específico site na rede mundial de computadores, para que se verifique um determinado conteúdo, registrando tudo aquilo que visualizou, também sendo possível se aplicar tal método às diversas redes sociais, e-mail’s, *etc.*

182. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-25/victor-goncalves-temerario-uso-ata-notarial-provas-digitais>

instrumento que pode ser aproveitado pela investigação defensiva, seja para constituição de prova quanto a eventos digitais, seja quanto à ampla gama de hipóteses do mundo real às quais podem se submeter à lavratura notarial.

Uma hipótese muito útil é a ata notarial de verificação de fatos em diligência, quando se poderá registrar situações as mais diversas. Um exemplo pode ser a escuta de uma ligação telefônica feita em “modo viva-voz”, onde o teor do diálogo será registrado, além dos números telefônicos da chamada discada e recebida, a hora e o dia de realização do telefonema, *etc.*

Ou pode haver a constatação de uma determinada situação em um imóvel, ou em um logradouro público, alguma praça, ou qualquer outro local, público ou privado – desde que haja, nessa última situação, a aquiescência do titular da propriedade/posse, caso não seja este o próprio solicitante. Pode ser feita ainda a abertura de cofres, inclusive HD's, aparelhos celulares, na presença do tabelião, violado ou não, ou ainda de objetos lacrados de qualquer forma.

As possibilidades são vastas. Deve apenas o advogado se lembrar, em qualquer necessidade, que existe a forma legal de fazer o tabelião¹⁸³ acompanhar um ato ou verificar uma coisa¹⁸⁴, ainda que no ambiente externo do cartório¹⁸⁵, para realizar a lavratura da ata notarial respectiva.

Outra forma de dar credibilidade aos atos investigatórios praticados pela advocacia, é transformar em ata notarial a declaração feita por alguém, na presença do tabelião. Isso se aplica aos testemunhos colhidos, os quais podem ser feitos sob essa forma. No entanto, reconhecendo o alto custo das taxas e emolumentos referentes à confecção de atas notariais, na hipótese de atas notariais para registrar testemunhos, também se pode averiguar a possibilidades de se reduzir à termo a declaração e se levar ao

183. Lei Federal n.º 8.935/1994: “Art. 7º Aos tabeliães de notas compete com exclusividade: (...) III – lavrar atas notariais; (...)”

184. Novo CPC (Lei Federal n.º 13.105/2015: “Art. 384 A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial” e “Art. 405. O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o chefe de secretaria, o tabelião ou o servidor declarar que ocorreram em sua presença”

185. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI231397,71043-Atas+notarias+Conceitos+e+aplicacoes>>

cartório apenas para autenticar uma cópia com a aposição do reconhecimento da firma da testemunha.

Em suma, seja sob qual aspecto se observe, a ata notarial se mostra com um grande valor para a advocacia investigativa, no sentido de conferir uma forma legal de transmutação de fatos e atos jurídicos em provas pré-constituídas e em aportes documentais com fé pública.

10.4. SOLICITAÇÃO DE INFORMAÇÕES PÚBLICAS

Outro instrumento que, na prática, se revela um grande aliado da investigação defensiva é a *solicitação de informações públicas*, que podem ser feitas por meio de consultas formais, escritas e fundamentadas, às instituições públicas ou que exerçam funções públicas, no bojo dessa atividade.

Nessa toada, é importante lembrar que a criatividade do advogado e a necessidade concreta da demanda poderão manifestar diversas utilidades à Lei de Acesso à Informação (Lei Federal n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011¹⁸⁶) quanto à Defesa Criminal ou ainda qualquer forma de Investigação Defensiva.

Na esteira de Alexandre Morais da Rosa¹⁸⁷, enumeram-se alguns desses usos possíveis:

- a) requerimento formulado ao Ministério Público – diante do reconhecimento da possibilidade de proceder a investigações autonomamente (pelo STF – RE 593727) – indicando se existe alguma em desfavor do requerente, mesmo sem indiciamento;
- b) pedido de informações sobre a credibilidade dos policiais e servidores públicos que atuaram em investigações, justamente para saber seus antecedentes e apurar o histórico da testemunha para fins de credibilidade do depoimento;
- c) pleito de informações sobre a localização das viaturas e dos celulares oficiais que fizeram as abordagens respectivas, a partir de dados do GPS – sistema de posicionamento global – com o fim de demonstrar a veracidade ou não das informações;
- d) direito de se obter a integridade das mídias no caso de

186. “Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências.”

187. ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 5 ed. Florianópolis: EMais, 2019, p. 626-627.

interceptação telefônica para fins de defesa de direitos individuais, inclusive em sede de Revisão Criminal;

e) requerimento para Informação se alguma testemunha, prova ou diligência foi realizada e não materializada nos autos;

f) pedido de informação sobre a existência de alguma investigação, interceptação telefônica, no âmbito da Lei 9.296/96, pela qual tenha surgido as razões para flagrante, dado que é muito comum se aproveitar as informações colhidas no decorrer de outras investigações, sem delas se fazer referência, manipulando-se o direito ao Juiz Natural.

O profissional, preferencialmente, deve se valer de ofício ou outro documento formalizado, fundamentando sempre com base na Lei de Acesso à Informação, que em seu artigo 21¹⁸⁸ traz disposições expressas acerca da proibição de se negar “acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais”, sendo certo que a defesa criminal e a defesa dos interesses da vítima de crime(s) se inserem nessa leitura de *tutela de direitos fundamentais*.

Existem diversas formas de aumentar as chances de ter um pleito de acesso à informação atendido, destarte que, se a advocacia está “tateando” essa área e a utilização desta ferramenta legal, é certo que a classe dos jornalistas há muito vem desenvolvendo técnicas nesse sentido.

Não por outra razão, existe toda uma seara do jornalismo, denominado “jornalismo investigativo”, o qual se ocupa de desvendar os mais variados casos de escândalos e outros contextos de relevante apelo social. Nesse sentido, vale muito a pena conhecer e acompanhar o trabalho da Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo (ABRAJI)¹⁸⁹.

Dessa forma, é interessante perceber que já existem bancos de dados sobre os bancos de dados, em uma espécie de “meta-linguagem do acesso à informação”. Ilustra-se isto através da

188. Art. 21. Não poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais. Parágrafo único. As informações ou documentos que versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas não poderão ser objeto de restrição de acesso.

189. Ver: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JORNALISMO INVESTIGATIVO-ABRAJI. **Lei de Acesso a Informações Públicas**: O que você precisa saber. 2014. Elaborada por Fórum de Direito de Acesso A Informações Públicas (www.informacaopublica.org.br) e Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo-ABRAJI (www.abraji.org.br). Disponível em: <www.abraji.org.br>. Acesso em: 1 mar. 2018.

Planilha de Dados compartilhada por meio do *Google Sheets*¹⁹⁰, construída sob a curadoria do especialista em jornalismo de dados Tiago Mali.

Esse banco colaborativo de bases de dados públicos reúne, em um só lugar, ampla lista de sites e instituições que monitoram dados das mais diversas áreas da sociedade brasileira e também do mundo¹⁹¹. E isto, por si só, pode ser de uma utilidade singular. Mas não é só.

A ABRAJI, juntamente com a Transparência Brasil, mantém uma plataforma chamada Achados & Perdidos, com a missão de catalogar o maior número de pedidos de acesso à informação com base na LAI feitos em todo o país¹⁹². Esses registros formam uma imensa base de dados acerca do nível de transparência dos órgãos de diversos graus e regiões, indicando quais tendem a negar mais pedidos e quais tendem a concedê-los, e com qual nível de dificuldade.

Ainda, é possível encontrar materiais de instrução acerca das melhores práticas de solicitação de informação com base na LAI. **Vale a pena pontuar: i) peça dados relativos a um período determinado de tempo; ii) sempre que possível, forme visualmente listas das informações solicitadas; iii) seja o mais claro possível, relendo várias vezes e submetendo o texto à revisões externas; iv) especifique ao máximo a informação solicitada; e v) peça apenas o que for necessário para sua pesquisa**¹⁹³.

É preciso conhecer bem o instrumento legal que se apresenta na LAI, inclusive às responsabilizações causadas pelas condutas de agentes públicos que violem as prescrições legais, os quais cometem condutas ilícitas (para um melhor aprofundamento do tema, remetemos o leitor ao tópico 2.3.2.).

Outro ponto de relevo nessa discussão, o qual nunca é despendendo abordar, é o tratamento rígido que o advogado deve dispensar quanto ao cumprimento das normas – constitucionais, legais e éticas. Nesse sentido, é importante observar o tratamento

190. Disponível em: <<https://docs.google.com/spreadsheets/d/1e4vWQkNhJ3qW-ZdgKeTb1rYyjPRtK4hyfCYIruzBjU0/edit#gid=0>>

191. Disponível em: <<http://abraji.org.br/help-desk/banco-colaborativo-de-bases-de-dados-publicos>>

192. Disponível em: <<http://www.achadosepedidos.org.br>>

193.

das informações pessoais dado pela LAI¹⁹⁴, em respeito ao artigo 10, X, da Constituição Federal.

Dessa forma, como suporte documental ordinário, tem-se as respostas fornecidas em certidões públicas, ou outro documento oficial disponibilizado pelo Estado e que podem interessar à investigação defensiva, sendo tais fornecidas em meios físicos e/ou digitais, recorrendo a qualquer órgão e/ou poderes constituídos, em especial (i) os diversos Tribunais de Justiça estaduais e Tribunais Regionais Federais; (ii) a Justiça Eleitoral; (iii) a Receita Federal; (iv) as forças militares; (v) o Banco Nacional de Mandados de Prisão; entre outros.

10.5. INQUIRição DE TESTEMUNHAS

Nessa toada, é possível que o advogado chame, formalmente, testemunhas, sejam elas *amigáveis*, *neutras* ou *hostis*. As “amigáveis” poderão facilmente comparecer espontaneamente, enquanto talvez as “neutras” reajam positivamente a uma *notificação extrajudicial privada*, e às “hostis” muito provavelmente reste a alternativa da *notificação cartorária* (pública). Todas deverão ser igualmente documentadas.

O ato de oitiva das testemunhas deve ser realizado no espaço do escritório de advocacia do profissional ou em ambiente condigno com a profissão, devendo ser integralmente

194. Na Lei de Acesso à Informação, a matéria aparece com destaque no art. 31, a seguir transcrito: “Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais. § 1º As informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem: I–terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem; e II–poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem. § 2º Aquele que obtiver acesso às informações de que trata este artigo será responsabilizado por seu uso indevido. § 3º O consentimento referido no inciso II do § 1º não será exigido quando as informações forem necessárias: I–à prevenção e diagnóstico médico, quando a pessoa estiver física ou legalmente incapaz, e para utilização única e exclusivamente para o tratamento médico; II–à realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público ou geral, previstos em lei, sendo vedada a identificação da pessoa a que as informações se referirem; III–ao cumprimento de ordem judicial; IV–à defesa de direitos humanos; ou V–à proteção do interesse público e geral preponderante. § 4º A restrição de acesso à informação relativa à vida privada, honra e imagem de pessoa não poderá ser invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância. § 5º Regulamento disporá sobre os procedimentos para tratamento de informação pessoal.”

gravado, e o resultado deve ser compilado em registro audiovisual, o qual deverá vir sempre anexo a um Termo de Comparecimento Voluntário e Consciente (ou algo que o valha), em qualquer suporte de mídia digital.

Ainda, embora se reconheça a polêmica que pode girar em torno da questão, é permitido ao advogado, no interesse da defesa, realizar cortes de partes irrelevantes para a tese defensiva, sendo terminantemente vedada a edição e/ou manipulação de qualquer forma das imagens e sons captados. Nesse sentido, é importante diferenciar o escopo da atuação dos agentes públicos estatais encarregados da persecução penal, e o advogado, este último que representa – sempre dentro da legalidade – os interesses dos seus constituintes.

Assim, é preciso diferenciar as possibilidades de *selecionar* os elementos de informação, quando o advogado (dentro da ótica da disponibilidade, já explorada) escolhe utilizar ou não, por exemplo, um testemunho; das utilizações criminosas que visam *deturpar*, *falsear* e/ou *adulterar* os elementos de informação, visando incorrer outrem em erro (podendo haver imputação de fraude processual, falsidade ideológica, etc.).

Visando dar uma maior credibilidade ao ato, *recomenda-se* que o advogado deverá seguir uma série de procedimentos e acautelamentos, devidamente esmiuçados a seguir.

Quanto às etapas possíveis de contato, didaticamente se enumera: i) colheita de informações preliminares; ii) realização de colóquio informal; iii) formalização da intimação registrada; e, por fim iv) o registro de declarações.

No que toca à forma de registro do ato, pode-se dizer que existam duas formas, a redução à termo e o registro audiovisual em mídia. Quanto à primeira opção, se observa perda da informação, em uma demanda mais trabalhosa; podendo ser mais facilmente descredibilizado. Ainda, se pode falar que há uma maior facilidade da seleção dos elementos de informação.

Por outro lado, muito mais aconselhável, o registro audiovisual em mídia (*pendrive*, arquivos em nuvem, CD-ROM etc.) garante mais autenticidade à informação, ao passo que capta a linguagem não-verbal e as micro-expressões faciais durante todo o depoimento. Dada a questão técnica, necessita do teste de prestabilidade da mídia ao final do ato. É uma técnica que,

em si, carrega enorme dificuldade de seleção dos elementos de informação (apesar de ser possível).

Quanto à colheita do testemunho em si, alguns alertas se fazem necessários, a fim de evitar questionamentos posteriores, de quaisquer ordens. É importante alertar o depoente (com registro na mídia, de preferência) sobre: i) a possibilidade de presença de advogado(a); ii) a possibilidade de se negar a responder no todo ou em parte; iii) o direito de não se autoincriminar; e iv) o dever da verdade (mencionar possível uso judicial futuro [falso testemunho—Código Penal, Artigo 342. § 1º¹⁹⁵]). É importante, ainda, qualificar a testemunha com registro (em mídia ou termo), de: i) nome completo; ii) profissão; iii) endereço; iv) naturalidade; e v) data de nascimento; fazendo constar ainda a expressa confirmação do comparecimento voluntário.

Não há espaço aqui, no entanto, para tratar de outras técnicas, como a aplicação de perguntas e reperguntas, ou da utilização/alternância de perguntas abertas e/ou fechadas, tudo variável de acordo com a estratégia. No geral, numa entrevista/depoimento exploratório, pode-se iniciar com perguntas abertas e finalizar com perguntas fechadas.

No que toca ao acautelamento dos elementos de informação e da respectiva cadeia de custódia, é importante observar: i) o registro em termo das informações preliminares; ii) possibilidade de ausência de registro do colóquio informal; iii) decisão estratégica acerca da relevância daquelas informações; iv) intimação (pública ou privada) documentada; v) Termo de Autorização das Declarações; vi) Termo de Ciência Fática; vii) Termo de Comparecimento Voluntário; e viii) Termo de Comparecimento para outros fins.

Outras possibilidades procedimentais recomendadas ao advogado presidente do inquérito são: (i) fornecer comprovação escrita de comparecimento, assinada pelo advogado e datada, caso haja interesse da testemunha; (ii) após a finalização da oitiva, testar a mídia para verificar a prestabilidade

195. “Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: Pena—reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. § 1º As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta.”

da gravação e reduzir a termo todos os fatos relevantes do ato; (iii) formalizar o Termo de Oitiva e a mídia digital contendo o registro audiovisual do depoimento, que deverão ser imediatamente anexos um ao outro, fazendo um instrumento indissociável; e (iv) solicitar a informação da testemunha acerca de qual cartório possui registro de sua assinatura, para posterior reconhecimento de firma.

10.6. NOTIFICAÇÕES EXTRAJUDICIAIS PÚBLICA E PRIVADA

Outra ferramenta cartorária é a possibilidade notarial de intimar, solicitar informações ou entregar um ofício, aqui chamada *notificação extrajudicial pública*, por cartório, a qual será cumprida pelo Oficial de notas, que lavrará uma certidão circunstanciada após o ato de intimação, conferindo uma maior credibilidade (principalmente se tratar-se de uma requisição em ambiente hostil¹⁹⁶), em razão da fé pública cartorária.

Quanto às notificações extrajudiciais privadas, o ideal é que sejam entregues mediante carta com aviso de recebimento com registro de nome e matrícula funcional do servidor/funcionário que a receber, consoante proposto no Provimento nº 188/2018-CFOAB sobre a regulamentação do tema, em seu artigo 20¹⁹⁷.

Inobstante, independente de se utilizar a via *administrativa privada* ou *pública*, é importante que o profissional se acautele com algumas medidas e registros, a exemplo (i) da data de envio; (ii) nome completo do advogado requisitante; (iii) endereço profissional; (iv) algum meio de contato eletrônico e/ou telefônico; (v) número de inscrição na Seccional da OAB do advogado

196. Com relação à *testemunha hostil*, que pode consequentemente resultar em um *ambiente hostil* para se efetivar a intimação extrajudicial, temos aquelas pessoas que não irão colaborar com a Investigação Defensiva, podendo ainda criar entraves a sua realização, devendo portanto ter um tratamento diferenciado, que fará com que seja necessário se proceder à intimação pública por meio de Cartório.

197. “Art. 20 As requisições de informações deverão ser solicitadas através de Ofício ou outro documento formalizado. §1º O Ofício ou congêneres será entregue preferencialmente mediante carta com aviso de recepção com registro de nome e matrícula funcional do funcionário/servidor que receber o pleito. §2º O Ofício ou congêneres deverá conter, no mínimo: I – a data de envio; II – nome completo do advogado requisitante; III – endereço profissional; IV – número de inscrição na Seccional da OAB do advogado requisitante; V – objeto da requisição, contendo a delimitação da informação e/ou os documentos os quais se almeja acesso; VI – as razões que fundamentam a requisição, incluindo a referência ao respectivo Autos de Investigação Defensiva (AID), seu objeto e seara jurídica; e VII – um prazo razoável para o cumprimento da requisição, nunca inferior a 10 dias, salvo se a urgência do pleito justificar a excepcionalidade, devendo também serem explicitadas tais razões.”

solicitante; (vi) objeto da solicitação, contendo a delimitação da informação que se almeja; (vii) as razões que fundamentam a solicitação, incluindo a referência à respectiva investigação defensiva, bem como seu objeto e fundamento; e (viii) um prazo razoável para o cumprimento da solicitação.

As testemunhas ditas *amigáveis*, possuem possibilidade de comparecimento espontâneo, pois pode possuir alguma motivação para querer ajudar, havendo certo grau de cooperação. É preciso atentar, desde logo, quais se encaixam, por suspeição ou impedimento, na condição de declarante (e não testemunha). Deve haver um contato informal para comparecimento, com o devido registro documento de todos os termos necessários

As testemunhas *neutras*, aquelas que não possuem, aparentemente, nenhuma especial razão para ajudar ou atrapalhar as investigações, sob outro ângulo, podem ser intimadas com registro em notificação extrajudicial privada, por meio de envio de carta via Correios por aviso de recebimento (com supedâneo legal no novo CPC, artigo 269¹⁹⁸). Esses indivíduos podem ir, ou podem ter receio de se envolver e somente colaborarem após intimação oficial-estatal (nesses casos, deve-se ponderar a melhor forma de sugestionamento às autoridades públicas competentes). Vale lembrar que as notificações/intimações devem ser feitas em papel timbrado, observando todos os rigores estilísticos e materiais pontuados para as intimações em geral, com o devido registro de todos os Termos necessários.

Por fim, as testemunhas *hostis*, são aquelas pessoas direta ou indiretamente implicadas na investigação, as quais possuem relação ou são os próprios alvos investigativos. Dificilmente comparecerão para prestar esclarecimentos voluntários, mas até mesmo esse “silêncio” pode ser útil no sentido de registrar a ciência e notificações daquelas pessoas de todo o teor e desenrolar da investigação defensiva. Sugere-se que o envio da notificação se dê por intermédio do notário competente (Cartório), a qual é cumprida pelo Oficial de Notas que lavra certidão de todas as diligências, com registro de entrega da contrafé e em instrumento documental dotado de fé pública.

198. “Art. 269. Intimação é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e dos termos do processo. § 1º É facultado aos advogados promover a intimação do advogado da outra parte por meio do correio, juntando aos autos, a seguir, cópia do ofício de intimação e do aviso de recebimento.”

10.7. SOLICITAÇÃO DE IMAGENS DE VIGILÂNCIA

Dentro da lógica já exposta – de intimar extrajudicialmente testemunhas *etc.* –, nada impede também que o profissional solicite colaboração, seja de entidade pública ou privada, no sentido apurar a prática noticiada como escopo da investigação defensiva, pedindo acesso às *imagens de câmeras de vigilâncias* para confirmar ou refutar fatos jurídicos relevantes por meio deste tipo de prova. É importante que se observem os mesmos elementos que foram apontados na análise das notificações extrajudiciais.

Nesse ponto, contudo, é importante lembrar que a atividade advocatícia não detém poder de polícia e nem cogência, sendo qualquer colaboração obtida mediante voluntariedade da pessoa física ou jurídica solicitada. Assim, avulta-se a importância de se passar credibilidade e fundamento nos pleitos, para maximizar as chances de sucesso. Daí a importância do cuidado no profissionalismo e técnica da redação da notificação, para se aumentar as chances de êxito na resposta.

Podem ser solicitadas, no entanto, de qualquer entidade pública ou privada, ou ainda os particulares em geral. É relevante observar uma redação padrão em papel timbrado, constando sempre: i) data de envio; ii) nome completo do advogado solicitante; iii) endereço profissional; iv) algum meio de contato eletrônico e/ou telefônico; v) número de inscrição na Seccional da OAB do advogado solicitante; vi) o objeto da investigação, contendo a delimitação da informação que se almeja; vii) as razões que fundamentam a solicitação, incluindo a referência à respectiva investigação defensiva, bem como seu objeto; e viii) um prazo razoável para o cumprimento da solicitação.

10.8. BUSCA E APREENSÃO

O Código de Processo Penal, em seu artigo 242¹⁹⁹ nos traz a possibilidade de requerer, por intermédio do advogado do ofendido, a *expedição de Mandado de Busca e Apreensão*²⁰⁰. Trata-se de

199. “Art. 242. A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes.”

200. CPP – “Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal. § 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para: a) prender criminosos; b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delitu-

possibilidade pouco explorada pela advocacia, com larga aplicação e potencial inestimável para a investigação defensiva.

10.9 VISTORIAS OU INSPEÇÕES;

Em reforço a tudo isso, pode ainda o profissional se valer da realização de *vistorias* em coisas das quais disponha do acesso, ou *inspeções* em lugares públicos ou privados – desde que consentidos, ainda que abrangidos pela expressão “domicílio”.

Por fim, quanto às técnicas disponíveis à investigação defensiva, acredita-se que deverá o advogado elaborar relatório profissional minucioso, o qual deverá inicialmente ser apresentado ao constituinte, para só depois se decidir quais medidas judiciais e/ou extrajudiciais deverão ser tomadas para a melhor defesa dos seus interesses.

10.10. PERÍCIAS DIVERSAS

É ainda facultado ao profissional indicar a necessidade de realização de *qualquer tipo de perícia* disponível no arcabouço científico contemporâneo, de forma autônoma ou complementar, por meio de profissional técnico habilitado em seu respectivo conselho profissional.

Para tanto, deverá o advogado se assegurar da idoneidade do profissional, assim como sua regularidade junto ao seu conselho de classe. Conforme o Código de Processo Penal (artigo 159, *caput* e §1º²⁰¹), o perito será pessoa idônea, portadora de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.

Seguindo ainda o critério do Código de Processo Penal (artigo 160, parágrafo único²⁰²), sugere-se que o laudo pericial

.....
os; e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato; g) apreender pessoas vítimas de crimes; h) colher qualquer elemento de convicção. § 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras *b* a *f* e letra *h* do parágrafo anterior.”

201. Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior. § 1º Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.

202. Art. 160 (...) Parágrafo único. O laudo pericial será elaborado no prazo máximo de 10 dias, podendo este prazo ser prorrogado, em casos excepcionais, a requerimento dos peritos.

seja elaborado no prazo máximo de 10 (dez) dias, podendo este prazo ser prorrogado, em casos excepcionais, a requerimento dos peritos, ou ainda pode ser definido um prazo diferenciado em razão da complexidade e/ou diligências necessárias para realização da perícia.

Assim, o perito profissional contratado exclusivamente para tal fim, deverá realizar o registro e a documentação de todos os métodos periciais utilizados, assim como deverá apresentar um relatório pormenorizado²⁰³ ao final com as conclusões aos quesitos formulados.

Vislumbrando uma classificação para a atuação do perito dentro da investigação defensiva, pode-se dividi-la em: (i) atuação enquanto assistente técnico após a conclusão das perícias oficiais (artigo 159, §3º²⁰⁴, CPP); (ii) atuação em contra-perícia, pela realização de uma perícia em paralelo à perícia oficial; (iii) atuação em uma perícia autônoma, totalmente independente até mesmo da existência de qualquer perícia oficial.

O rol de possibilidades periciais abrange, mas sem se resumir, as seguintes perícias: (i) físicas, à exemplo da reconstituição de velocidade em crimes de trânsito; (ii) químicas, à exemplo da indicação de quesitos específicos na produção do laudo toxicológico acerca da substância apreendida em crimes relacionados às drogas; (iii) físico-químicas, à exemplo da aplicação de *luminol* em cenas de crimes para a identificação de manchas e/ou vestígios de sangue; (iv) eletrônicas, à exemplo da perícia técnica para exploração de arquivos em determinado aparelho celular ou outro equipamento; v) contábil-financeira; vi) perícias digitais as mais diversas, ou qualquer outra que se afigure possível/necessária ao caso concreto.

10.11. DETETIVES PARTICULARES

Noutro aspecto da discussão, é aconselhável ao advogado, sempre que necessário e possível for, a contratação dos serviços de *detetive particular*, no interesse da defesa e nos termos da Lei Federal n.º 13.432/2017, que dispõe sobre o exercício da profissão

.....
203. CPP – “Art. 160. Os peritos elaborarão o laudo pericial, onde descreverão minuciosamente o que examinarem, e responderão aos quesitos formulados.

204. Art. 159 (...) § 3º Serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico. (...).

de detetive particular, que já no seu artigo 2º afirma:

Artigo 2º. Para os fins desta Lei, considera-se detetive particular o profissional que, habitualmente, por conta própria ou na forma de sociedade civil ou empresarial, planeje e execute coleta de dados e informações de natureza não criminal, com conhecimento técnico e utilizando recursos e meios tecnológicos permitidos, visando ao esclarecimento de assuntos de interesse privado do contratante.

Com o artigo 5º do citado diploma legal, vemos que “o detetive particular pode colaborar com investigação policial em curso, desde que expressamente autorizado pelo contratante”. Contudo, a investigação defensiva deve ser sempre parte de uma estratégia maior de defesa, não se confundindo com a atividade desempenhada nos termos da Lei Federal n.º 13.432/2017, que é aquela atividade abordada no item 4.3.1.

Em conformidade com as normas vigentes, o detetive particular pode realizar coleta de dados e de informações ou pesquisa científica acerca de suspeitas ou situações: (i) de cometimento de infração administrativa ou descumprimento contratual; (ii) de conduta lesiva à saúde, integridade física ou incolumidade própria ou de terceiro, por parte de ou contra pessoa que tenha vínculo afetivo ou profissional com o constituinte; (iii) relacionadas à idoneidade de prepostos e empregados e à violação de obrigações trabalhistas; (iv) relacionadas a questões familiares, conjugais e de identificação de filiação; (v) de desaparecimento e localização de pessoa ou de animal; ou (vi) de interesse privado em geral, em que se possa vislumbrar indício ou prova de cometimento de infração penal.

Para o exercício da profissão de detetive particular no âmbito da investigação defensiva, sugere-se que se tenham as devidas diligências e precauções para atestar a idoneidade pessoal e profissional, podendo ser solicitada a comprovação de requisitos, tais como: (i) capacidade civil e penal; (ii) escolaridade de nível médio ou superior; (iii) formação específica ou profissionalizante para o exercício da profissão; (iv) gozo dos direitos civis e políticos; e/ou (v) possuir bons antecedentes criminais.

Ao final de cada diligência, sugere-se que o profissional solicite do detetive particular a elaboração de um relatório sucinto das atividades desempenhadas e resultados obtidos.

Ao final da demanda ou findo o prazo pactuado para a

execução dos serviços profissionais, recomenda-se que o advogado receba do detetive particular, mediante assinatura em contrafé, relatório circunstanciado sobre os dados e informações coletados, que conterà: (i) os procedimentos técnicos adotados; (ii) a conclusão em face do resultado dos trabalhos executados; (iii) se for o caso, a indicação das providências legais a adotar; e (iii) a data, identificação completa do detetive particular e sua assinatura, com firma reconhecida em cartório.

10.12. EMPRESAS DE SUPORTE À LITÍGIOS;

Dado o alto grau de complexidade das demandas sancionatórias, seja na esfera do Direito Penal Econômico, do Direito Administrativo Sancionador, ou ainda das Regulações de mercado por agências e outros entes, houve bruscas mudanças do cenário sancionatório, em geral, e da persecução penal, no particular.

Nesse novo cenário, há a absorção de muitas áreas do conhecimento em uma única demanda, requerendo da advocacia um diferenciado nível de aprofundamento técnico, muitas vezes envolvendo a necessidade de peritos e outros profissionais – comumente nas chamadas “perícias transdisciplinares”.

Assim, surge uma nova demanda de mercado, atendida por empresas de vários segmentos – no geral envolvendo tecnologias novas, formatando e oferecendo ferramentas de gerenciamento de elementos de informação e outros dados processuais e extraprocessuais.

Como exemplos desse ramo, ainda pouco explorado no Brasil, mas há décadas existente nos Estados Unidos, temos a *LexisNexis* (www.lexisnexis.com) e a *KnightLab* (www.knightlab.com) (no cenário internacional) e a STS Perícias e Auditorias (<http://www.periciaseauditorias.com/>) e a I-Luminas (<http://i-luminas.tempsite.ws/#servicos>) (no cenário nacional).

Enfim, no Brasil, existe uma iniciativa a qual almeja reunir em um só local todas as ofertas possíveis de serviços e ferramentas investigativas, em especial aquelas envolvidas com as novas tecnologias, para facilitar a procura por esse tipo de demanda. Tem-se a proposta, portanto, de um *hub* nacional da Investigação Defensiva, envolvendo profissionais e produtos e ligando-os a quem precisa de tudo isso: o Projeto EthosBrasil (<https://ethosbrasil.org/>).

Capítulo 11

.....

AUTOS DE INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA (AID)²⁰⁵

Seguindo na busca da construção de um modelo próximo ao ideal para se executar o conjunto de medidas e diligências as quais podem compor o arsenal utilizado em uma investigação defensiva, em especial se for complexa, sugerimos a forma de organização e condução a seguir delineada.

Trata-se dos *Autos de Investigação Defensiva (AID)*, um instrumento de organização documental, a exemplo dos procedimentos instaurados pela Polícia Judiciária, na forma de Inquéritos Policiais, ou pelo *parquet* – mais recentemente, com a permissão da investigação direta, através dos Procedimentos Internos de Investigação Criminal²⁰⁶, ambos instaurados para apuração e reunião de provas acerca de condutas criminosas.

Contudo, diferentemente dos procedimentos acima narrados, presididos por delegados de Polícia Civil e Federal, ou Promotores de Justiça ou Procuradores da República, respectivamente; os Autos de Investigação Defensiva (AID) é conduzido pelo próprio advogado, no afã de apurar alguma situação com implicações jurídicas as quais possuam consequências diretas e/ou indiretas para o seu cliente.

Nessa esfera de atuação, pois, estamos diante de disposições

.....
²⁰⁵. Inicialmente, inclusive nos primeiros escritos publicados sobre o tema, adotei a expressão “Inquérito Defensivo”, em uma tradução livre do termo italiano *indagine difensiva*. Contudo, em uma reflexão mais aprofundada, passei a utilizar expressão “Autos de Investigação Defensiva” (AID), no sentido de melhor transmitir a carga semântica autêntica e inovadora do instituto, bem como se desprender do peso significante que a palavra “inquérito” carrega em nosso país (em razão da prática arcaica, burocrática e ineficiente que existe secularmente quanto ao Inquérito Policial brasileiro).

²⁰⁶. Discussão que foi impulsionada pela fixação da tese com repercussão geral pelo STF no Recurso Extraordinário n.º 593.727 (Relator Ministro Gilmar Mendes), canalizada pela luta contra a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n.º 37, e cristalizada na edição da Resolução n.º 13/2016, e as alterações trazidas pela Resolução n.º 161 e 181/2017 e 183/2018, todas do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

de *direito privado*, apesar de haver um indubitável interesse público na resolução de condutas criminosas, em especial àquelas de Ação Penal Pública. A estruturação destes atos, ao que interessa, apresenta duas características fundamentais: a ausência de coercibilidade *direta*; e a ausência de fé pública.

É preciso, no entanto, deixar claro que os Autos de Investigação Defensiva (AID) é uma forma *possível* de desenvolvimento da investigação defensiva, surgindo como um modelo recomendável para estabelecimento de uma metodologia minimamente padronizada, mas que não impede o livre desenvolvimento das atividades e diligências executadas pelo advogado no curso da sua atuação profissional, restando autorizadas as demais formas possíveis de implementação da investigação defensiva, independentemente da instauração e desenvolvimento de um Autos de Investigação Defensiva (AID) nos termos aqui ventilados.

A priori, as características aqui pontuadas podem desestimular o profissional que conduz, ou pode conduzir, uma investigação defensiva, vez que não possuirá uma potencialidade coerciva, nem uma presunção absoluta de veracidade.

Quanto à ausência de coerção, não há o que se falar, pois o advogado não poderá se valer de meios violentos e/ou ameaçadores para implementar nenhuma de suas diligências; mas, isso não quer dizer que não exista nenhuma utilidade neste sentido. Como exemplo, remetemos o leitor ao tópico que trata sobre “9. Relação com o Juízo Cível e a Barganha”.

Em outra quadra dessa discussão, a ausência de fé pública também se apresenta como uma falsa objeção ao desenvolvimento dessa atividade, conforme explicado no tópico acerca da “4.3. A Caracterização da Atividade da Advocacia Investigativa”, ao qual remetemos o leitor para uma visão mais aprofundada da questão.

Nessa esteira, e ainda com base na proposição encaminhada ao CFOAB para regulamentação nacional da matéria em nível administrativo, sugerimos que a realização de todos os atos da investigação defensiva possuam resultado documental, espontâneo ou a partir da redução à termo. Sob esse prisma da análise, todos estes resultados documentais devem ser autuados e *podem* ter suas folhas ser numeradas após as conclusões das respectivas diligências.

Ainda, deve o advogado condutor da investigação defensiva

formalizar e registrar todas as diligências a serem tomadas a partir de *ordens de serviço, relatórios e/ou reduções à termos/autos circunstanciados* de todas as espécies que se fizerem necessárias.

11.1. INSTRUMENTOS OBRIGATÓRIOS

Conforme já explanado, o projeto de regulamentação administrativa proposto ao CFOAB possui o intento de que se edite um Provimento disciplinando e fornecendo balizas ao exercício da investigação defensiva.

Trata-se de um esforço inicial, embrionário, que pode ser o germen de uma discussão muito mais ampla e duradoura acerca da Deontologia inerente à atividade. Isto é, o mundo de prescrições de condutas baseadas na ética e no respeito às normas em geral, fixando o mundo do *dever ser*, do cenário a ser implementado para que se busque um ideal de realização.

Dessa forma, é reconhecido que haverá muitos espaços ainda para serem preenchidos, com diversas questões não abordadas pelo Provimento, e que poderão ser objeto de outros instrumentos administrativos e/ou outras formas possíveis de organização da classe em torno do tema.

Certamente, haverá Congressos, Cursos, Simpósios e discussões as mais diversas, inclusive com atividades capitaneadas pela OAB, que deverá se ocupar do tema para essa construção deontológica a partir dos poderes concedidos pela Estatuto da Advocacia e da OAB (já citado artigo 54, V, da Lei Federal n.º 8.906/1994).

No entanto, em busca de um ponto de partida possível, houve a proposição de um modelo mínimo de observância da investigação defensiva no referido projeto de Provimento, principalmente no que toca à formação do caderno de autuação chamado Autos de Investigação Defensiva (AID) (a possibilidade e os termos dessa regulamentação foram extraídas do projeto originário, para maior maturação pelo CFOAB).

Nesse sentido, a proposta original do Provimento enumerava algumas prescrições de observância obrigatória quanto alguns documentos e formas a serem cumpridas pelo advogado condutor da investigação defensiva, quando optar pelo uso dos Autos de Investigação Defensiva (AID).

Nada obstante a isso, é preciso firmar que tais balizas são um mínimo procedimento possivelmente adotado; mas, sem dúvidas, não fornece pronta e acabada toda a formatação das peças as quais devem formar os Autos de Investigação Defensiva (AID). Por este motivo, a riqueza de situações do mundo real vai exigir versatilidade e criatividade do advogado para ajustar sempre a melhor solução, em termos de formatação documental, para registro *daquela* diligência *naquele* caso concreto.

Não se almeja, portanto, o engessamento da atividade advocatícia quanto à investigação defensiva, muito pelo contrário. Estes parâmetros mínimos servirão apenas para garantir uma padronização embrionária e profissionalismo na apresentação destes instrumentos.

Teremos que observar, nessa linha do Provimento inicialmente proposto, um mínimo de documentos consistentes na Capa dos Autos de Investigação Defensiva (AID), na Portaria ou Termo de Instauração, e nos Relatórios, seja de determinada diligência ou o relatório final dos Autos de Investigação Defensiva (AID).

11.1.1. TERMO DE INSTAURAÇÃO

Ainda na linha da proposição inicialmente feita ao CFOAB, os Autos de Investigação Defensiva (AID) deverá ser formalizado por meio de Termo lavrado pelo próprio advogado, o qual deve conter, no mínimo: (i) a qualificação completa do constituinte; (ii) a qualificação completa da(s) pessoa(s) física(s) e/ou jurídica(s) a quem o fato é atribuído, se for o caso; (iii) a data, a hora e o local em que o advogado resolveu instaurar os Autos de Investigação Defensiva (AID); (iv) a causa, com toda a descrição possível; (v) as medidas que se almeja tomar inicialmente; e (v) o nome completo, endereço profissional e número de registro na OAB do advogado instaurador.

Recomenda-se, ainda, que: (i) após a instauração dos Autos de Investigação Defensiva (AID), deverá o mesmo ser autuado em caderno em capa própria e numeração única de folhas; e (ii) que os Autos de Investigação Defensiva (AID) será instaurado por Portaria, ou algo que o valha, numerada em ordem crescente, renovada anualmente, devidamente registrada em livro próprio e autuada.

Quanto à Portaria ou Termo de Instauração, há como

estruturar o documento em vários “CONSIDERANDOS”, narando os fundamentos que legitimam²⁰⁷ a atuação do profissional e ainda as circunstâncias que ensejaram a investigação defensiva, seguido da justificativa pela qual se “RESOLVE” instaurar o Autos de Investigação Defensiva (AID).

Dessa forma, tem-se uma delimitação inicial de todo o contexto a ser descortinado, com uma redação circunstanciando o que até então ocorreu, quais as expectativas e meios a serem utilizados na investigação defensiva. Tudo isso almeja dar uma visão geral inicial de todo o autuado que se tornará os Autos de Investigação Defensiva (AID), apresentando-se como instrumento mais importante das diligências vindouras.

11.1.2. CAPA

Para abordar aspectos mais práticos e iniciais, a capa dos Autos de Investigação Defensiva (AID) deverá ser feita imediatamente após a sua instauração, visando dar uma organização profissional que se apresenta desde o primeiro momento. Tudo isso intenta a simpatia e captura psíquica do leitor, conforme bem abordado na analogia do Efeito Halo.

Nos fala o professor Alexandre Morais da Rosa que “O ditado popular diz que a primeira impressão é a que fica. Ainda que possa não acontecer em todos os momentos, no ambiente forense, não raro, há possibilidade de que a primeira avaliação do acusado, (...) etc., possa contaminar o julgamento de outros fatores e, talvez, o resultado”²⁰⁸.

Sendo assim, não somente na capa, mas em todo o processo de documentação das provas produzidas pela investigação defensiva, deve-se primar pelo zelo, pelo cuidado, pelo bom tom, pela limpeza e pela organização visuais, e todos os outros aspectos que se puder implementar no sentido de tornar mais profissional

207. Entre outros, por exemplo, os princípios constitucionais da igualdade, do contraditório, do devido processo legal e da ampla defesa; que a CF 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; o princípio da inafastabilidade da jurisdição; que nunca deixarão de ser tuteladas as lesões e ameaças a direitos alheios; ou ainda que a lógica acusatória trazida pela CF assegura a noção de paridade de armas, havendo a necessidade de uma valorização da advocacia para diminuição do desequilíbrio real de possibilidades dadas à Acusação e à Defesa no âmbito da disputa judicial. Além, por óbvio, do Provimento n.º 188/2018-CFOAB.

208. ROSA, Alexandre Morais. Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. p. 158.

e agradável a leitura dos Autos de Investigação Defensiva (AID).

Quanto à capa, pois, tem-se que deverá conter, no mínimo: (i) área da advocacia da respectiva causa, notadamente a “CRIMINAL”; (ii) cidade onde fica a sede do escritório contratado; (iii) a numeração única dos Autos de Investigação Defensiva (AID) em trâmite no escritório profissional; (iv) a identificação profissional completa, abarcando nome completo, endereço e número de registro profissional junto à OAB; (v) a data de instauração dos Autos de Investigação Defensiva (AID), devendo apresentar, pelo menos, o mês e o ano de instauração. Sendo o *Ato/Portaria de Instauração* sempre autuado como “*folha 01*”.

Aqui, faz-se necessário lembrar a diferença entre *deflagração* de uma Investigação Defensiva (momento inicial que se decide implementar diligências investigativas) e a *instauração* do procedimento que é composto pelos Autos de Investigação Defensiva (AID) (que é o momento de sua formalização).

11.1.3. RELATÓRIOS

De modo a melhor organizar as provas produzidas em sede de Autos de Investigação Defensiva (AID), entende-se como salutar que todas as diligências já realizadas em seu âmbito, pelo próprio advogado ou por profissionais contratados para tais fins, sejam apresentadas em forma de relatório, seguindo em anexo todos os documentos, filmagens, fotos, objetos entre outros suportes físicos e/ou digitais que possam comprovar a legalidade e legitimidade das medidas tomadas e das conclusões apresentadas.

Por conseguinte, todas as diligências realizadas por profissionais externos contratados especialmente para estas finalidades igualmente devem sempre ser precedidas de formalização e registro, com posterior autuação e numeração, de ordem de serviço (tratadas adiante).

Em resumo, para o esclarecimento do fato objeto da investigação defensiva, deverão ser colhidas todas as provas permitidas pelo ordenamento jurídico, com a juntada das peças em ordem cronológica de apresentação, com suas folhas devidamente numeradas em ordem crescente, devendo cada diligência produzir um resultado documental para ser autuado aos Autos de Investigação Defensiva (AID) e, posteriormente, a eventual

processo judicial.

Se possível, cada diligência, seja de mão própria ou por terceiros profissionais, deve gerar um relatório acerca do método empregado, as condições de tempo, lugar e outras informações que possam ser pertinentes e relevantes ao contexto de determinação, desenvolvimento e apresentação das provas obtidas/produzidas em cada atividade investigativa.

Por fim, ao término de todas as diligências e da autuação de todo o aporte documental produzido, a última peça dos Autos de Investigação Defensiva (AID) deve ser, o *relatório de conclusão*. Este deve possuir, no mínimo, os requisitos sugeridos para o *relatório a ser exigido pela conclusão das diligências empreendidas pelos eventuais profissionais externos* que atuarem no caso, mais as conclusões finais obtidas e os encaminhamentos almejados.

11.2. OUTROS INSTRUMENTOS

Aprofundando um pouco mais as necessidades que podem surgir, e sugerindo caminhos operacionais para instrumentalizar uma demanda jurídica, sempre com o viés de documentar as provas obtidas, apresentam-se os encaminhamentos práticos desenvolvidos a partir dos desafios profissionais já enfrentados.

Nesse quadrante da discussão, é interessante pontuar algumas outras formas documentais de conduzir as atividades investigativas, sendo importante mencionar: (i) o Termo de Enumeração de Pessoas Diligenciadas, físicas e/ou jurídicas, ou algo equivalente; (ii) o Termo de Relação de Capitulações, ou algo equivalente; e (iii) as Ordens de Serviço.

Deixa-se claro, desde logo, que há uma imensidão de formas e possibilidades a se explorar nessa matéria, em especial na atuação prática do advogado, sendo crucial um esforço do profissional de utilização da sua criatividade para guiar a sua atuação concreta diante das necessidades demandadas por cada umas das situações a ele submetidas.

Sugere-se, nessa toada, que tais recomendações sejam tomadas como balizas que *podem* nortear a atuação, ou podem ser amoldadas, ou até mesmo descartadas em prol de um outro modelo que em uma leitura diversa possa ser mais eficaz e/ou eficiente, em geral ou no caso concreto.

Feitos esses esclarecimentos, surge um conforto maior para colocar uma experiência prático-profissional pessoal, no intento de subsidiar a discussão teórica e incentivar a atuação concreta dos advogados brasileiros.

Todos esses documentos seguem uma estruturação simples, lavrados, datados e assinados pelos próprios advogados condutores das investigações. Existem modelos de todos esses documentos, no Apêndice desta Obra.

11.2.1. TERMO DE ENUMERAÇÃO DE PESSOAS DILIGENCIADAS

Outro instrumento bastante útil para o momento inicial, de deflagração da investigação defensiva e/ou do momento de instauração dos Autos de Investigação Defensiva (AID), é o Termo de Enumeração de Pessoas Diligenciadas, ou alguma expressão equivalente.

É bom observar que esses momentos (deflagração e instauração), conforme já falado, podem não coincidir, em razão da decisão de instaurar Autos de Investigação Defensiva (AID) ser geralmente precedida de uma apuração preliminar acerca do potencial da medida para o caso concreto.

De toda forma, a partir da instauração é importante que exista uma delimitação *subjetiva* acerca do objeto da investigação defensiva, isto é, sobre quais pessoas, físicas e/ou jurídicas, recaem as suspeitas acerca do fato delituoso em testilha.

Desde aqui, inclusive, iniciam-se as diligências acerca da individualização de cada uma dessas pessoas. Para isso, uma busca inicial de informações públicas pode ser de grande valia, pelo menos para obter a qualificação completa de todos os *diligenciados*. E aqui se inserem os números do CPF/CNPJ, endereços, profissões, quadro societário (e outros dados relativos às sociedades empresárias), datas de nascimento/constituição e outras mais que se mostrem acessíveis.

Aqui não se pretende uma fixação estática das pessoas diligenciadas, tendo em vista que novas pessoas podem surgir no curso das diligências, enquanto que se pode também angariar algum elemento que isente ou amenize a responsabilidade de qualquer destas pessoas. Para isso, podem ser confeccionados aditivos ao Termo de Enumeração de Pessoas Diligenciadas.

11.2.2. TERMO DE RELAÇÃO DE CAPITULAÇÕES

Por outro lado, se acima tratou-se da delimitação *subjetiva* da investigação defensiva, tem-se também outro instrumento para cumprir a outra faceta dessa análise, isto é, das condutas que em tese podem vir a ser apuradas nas diligências.

Está-se a tratar da delimitação *objetiva*, ou seja, uma fixação das balizas *objetivas* da investigação. Com isso, restringe-se o escopo quanto às condutas possivelmente praticadas as quais ensejaram a iniciativa.

Para isso, enumeram-se sumariamente todas as condutas, com suas respectivas capitulações, preceitos primário e secundário do tipo penal, sua fonte normativa e o que mais se considerar relevante. A esse instrumento dá-se um nome de Termo de Relação de Capitulações, ou algo que o valha.

Assim, como anteriormente citado no Termo de Enumeração de Pessoas Diligenciadas, nada impede, sob essa perspectiva, que se descubram outros ilícitos inicialmente não vislumbrados, ou se ajustem as capitulações legais diante das descobertas colacionadas pela investigação defensiva.

11.2.3. ORDENS DE SERVIÇO

As Ordens de Serviço, por outro lado, serão os documentos formalizados pelo advogado condutor, no sentido de determinar a realização de diligências em prol do(s) objetivo(s) da investigação defensiva.

Tais determinações podem ser realizadas e cumpridas pelo próprio advogado, visando apenas documentar o caminho trilhado pelo procedimento investigatório, ou pode ser ainda determinação a realização de algo pelo corpo interno do escritório de advocacia (advogado associado, estagiário, secretária, *etc.*), ou ainda uma determinação para guiar os trabalhos de um profissional externo contratado para determinado fim em razão de sua notável especialização ou *expertise* (um perito, ou detetives particulares, entre outros).

Assim, as diligências passíveis de serem realizadas no âmbito dos Autos de Investigação Defensiva (AID), por meio da Ordem de Serviço podem fazer alusão desde a juntada dos documentos já produzidos e em posse imediata, passando pela determinação

de produção de outros documentos – públicos ou privados, até a sugestão de contratação de profissionais os mais diversos que possam auxiliar na condução dos trabalhos (sempre após autorização do cliente), ou ainda qualquer outra medida ou diligência que se faça necessária para consecução dos objetivos colimados na Portaria/Termo de Instauração.

O OS precisa ter uma estrutura que discrimine, no mínimo: (i) a numeração única daquela ordem de serviço no bojo do respectivo Autos de Investigação Defensiva (AID); (ii) a descrição do objeto da diligência a ser realizada; (iii) o profissional contratado para tal realização, bem como sua qualificação pessoal completa e o endereço profissional, além do número de registro no respectivo Conselho de Classe; (iv) o prazo para a finalização da diligência e apresentação de relatório pormenorizado dos meios utilizados e resultados obtidos; e (v) as recomendações expressas no sentido de assegurar a legalidade e constitucionalidade da diligência, em especial nos direitos e garantias de terceiros.

Logo, de tempos em tempos, para além da Ordem de Serviço *inaugural*, será necessário que o profissional emita novas Ordens, sempre numeradas em ordem crescente e datadas, assim como assinadas por quem as emitiu, visando sempre tornar o mais fidedigna a condução dos trabalhos e documentalmente comprovável toda e qualquer hipótese aventada.

Tudo isso, pois, almeja garantir a *cadeia de custódia*²⁰⁹ de todas as provas produzidas, e do próprio Autos de Investigação Defensiva (AID).

.....
209. “O trajeto percorrido entre a obtenção do elemento probatório, especificando as condições, a higidez, e completude do material que será usado para fins probatórios, precisa ser levado a sério. De um lado garante a legitimidade da prova de acusação e, por outro, efetiva a possibilidade de a defesa manifestar-se sobre o percurso. A fé inabalável nos agentes estatais deve ser invertida porque se trata de comprovação de condutas criminalizadas, a partir de presunção de inocência. Evidentemente que o mero passar de mãos não precisar contar expressamente no relatório da cadeia de custódia, mas o trajeto do material utilizado pela acusação precisa estar delineado a partir de sujeitos humanos que fizeram a apreensão, manuseio e análise. Sem isso, impede-se a comprovação do nexo de causalidade entre o resultado pretendido e o caminho retrospectivo até a cena do crime” *in* ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 5 ed. Florianópolis: EMais, 2019, p. 359.

Capítulo 12

.....

ADVOCACIA 4.0 E USO DE RECURSOS TECNOLÓGICOS NA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

Dado o novo cenário, envolvendo os chamados *maxiprocessos* e as novas tecnologias em técnicas especiais de investigação, geralmente envolvendo casos que circundam o chamado ramo do Direito Penal Econômico, há algumas mudanças no processo penal que merecem reflexão.

Em primeiro lugar, o volume de informações produzidas a partir de investigações estatais, que duram meses ou podem chegar até a anos, envolvendo cautelares probatórias (quebras de sigilo fiscal/bancário/telemático/telefônico, buscas e apreensões, *etc.*), grandes volumes documentais contábeis, registrais, entre outros.

O certo é que os volumes e apensos se amontoam e, em regra, a Defesa vai ter conhecimento para se movimentar em busca do acesso a esse material, quando são deflagradas as etapas públicas das operações, com os cumprimentos, no geral, dos mandados de busca e apreensão e prisões cautelares.

Às vezes, o cidadão implicado e, conseqüentemente, sua Defesa Técnica, vão tomar conhecimento da imputação quando da Citação, quando há prazo aberto de poucos dias para apresentação da primeira resposta escrita à acusação formalizada.

Isso ainda se soma ao fato de que, por vezes, observamos uma sobreposição de instâncias investigativas, quando um mesmo fato pode ter interfaces entre o MP estadual e o MP Federal, com os Tribunais de Contas, com a Receita Federal e/ou secretarias de tributação, CADE, COAF, *etc.* Existem, assim, múltiplas fontes possíveis de produção, coleta, armazenamento, cruzamento e processamento de elementos de informação que podem formar o arcabouço acusatório.

Diante desse panorama, é preciso reconhecer a incapacidade humana de processamento e cruzamento desse volume dados, ainda mais se considerados os prazos legais para oferecimento de defesa escrita no processo penal brasileiro.

Em contraposição a isso, encontra-se uma vastidão de novos recursos e ferramentas tecnológicas, que podem muito bem auxiliar a advocacia nessas tarefas e novas demandas, a exemplo do uso do *SaaS (Software as a Service)*, da *IOT (internet of things)*, *AI (artificial intelligence)*, os *bot's* e outros recursos inovadores.

Exemplos enumeráveis, podem ser os seguintes: i) *CaseMap* (LexisNexis—<https://www.lexisnexis.com/en-us/products/case-map.page>); ii) *SeekLoc* (www.seekloc.com.br); iii) Google Imagens (www.google.com/imghp?hl=pt-PT); iv) Receita Federal (www.idg.receita.fazenda.gov.br); v) ArquivoDigital (www.arquivodigital.com.br); vi) EmpresasCnpj (www.empresascnpj.com); vii) Escavador (www.escavador.com.br), etc.

Assim, conforme já falado, tem-se atualmente um projeto nacional para se transformar uma central de oferta e procura por serviços e ferramentas especializadas que possam prestar auxílio/suporte à Investigação Defensiva, facilitando o acesso e melhorando a qualidade dos resultados obtidos. Isso tudo a partir da plataforma do Projeto EthosBrasil (<https://ethosbrasil.org/>).

12.1. UTILIZAÇÃO DE SUPORTES AUDIOVISUAIS (*TIMELINE'S, STORYLINE'S, STORYMAP'S, ETC.*), *QR CODE'S* E OUTRAS FERRAMENTAS DE OTIMIZAÇÃO DA INFORMAÇÃO

Nessa linha de análise, é preciso pensar a otimização da compreensão dos elementos de informação produzidos pela investigação defensiva, no sentido de facilitar o entendimento visual acerca: i) da motivação da produção daquele elemento de informação; ii) da própria produção do elemento de informação; e/ou iii) do controle da custódia daquela prova.

Toda essa preocupação visa o incremento das chances de captação psíquica do interlocutor da investigação defensiva, a depender dos alvos e dos objetivos específicos, que pode ser um outro particular (pessoa física e/ou jurídica) envolvida numa querela que se relacione com assistência às vítimas, ou qualquer

autoridade pública (Delegado de Polícia, Promotor de Justiça/Procurador da República, Juiz/Desembargador/Ministro, etc.).

Ainda, é preciso se considerar a reconhecida e geral carência de recursos públicos no Brasil, em (quase) todas as áreas e instâncias, o que leva à reflexão trazida pelo Professor Alexandre Morais da Rosa, sobre a *tragédia dos comuns*²¹⁰. Portanto, estamos diante, literalmente, da “Lei do menor esforço” dentro do olhar sobre a carência de recursos públicos.

Como exemplos dessas ferramentas, de baixo ou nulo custo, podem ser enumerados: i) *Google Maps (Time Line)* – <https://www.google.com/maps/timeline>; ii) *Google Earth* (www.google.com/intl/pt-BR/earth/); iii) *StoryMap (KnightLab)* – <https://storymap.knightlab.com/>; iv) *TimeLine (KnightLab)* – <https://timeline.knightlab.com/>; v) *SoundCite (KnightLab)* – <http://soundcite.knightlab.com/>, entre outros.

Outras ferramentas úteis, mais ou menos customizáveis e automatizáveis, são aquelas que permitem a criação de fluxogramas²¹¹, que podem facilmente explicar, de forma visual, complexos esquemas de fluxos de pessoas, bens e valores.

Outra ferramenta tecnológica de suporte muito útil, inclusive para viabilizar indexação de inúmeros elementos digitais aos processos físicos, é o *QR Code*²¹².

Ainda, uma ferramenta muito interessante pode ser a *Metapicz.com*²¹³, que pode fornecer os metadados de arquivos digitais postos ao escrutínio da plataforma, permitindo descobrir dados como o usuário que realizou a fotografia, a câmera, o aparelho, informações de geolocalização (latitude, longitude etc.), hora e data, entre muitas outras informações.

Por fim, mas sem nem de longe esgotar as possibilidades de uso das novas tecnologias para as finalidades probatório-judiciais,

210. ROSA, Alexandre Morais. Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. p. 63.

211. Por todos, indicamos o seguinte artigo: **Fluxogramas** Disponível em <https://www.heflo.com/pt-br/modelagem-processos/como-desenharum-fluxograma/>, Acessado em: 2 fev. 2019.

212. Como criar um QR Code (<https://canaltech.com.br/internet/Crie-seus-propriosQR-Codes-de-forma-rapida-e-facil/>); QR Code Generator (<https://www.the-qrcode-generator.com/>); APP QR Code Generator (<https://app.qr-code-generator.com/>); Free QR Code Generator (<https://qrcode.trustthisproduct.com/free-qr-code-generator.php?lang=pt>).

213. METAPICZ. Disponível em: < <http://metapicz.com/#landing>>. Acessado em 27 de maio de 2019.

em geral, e da investigação defensiva, em específico, a tecnologia *blockchain* pode ser eficaz na comprovação indubitável da cadeia de custódia de elementos de informação produzidos, em especial os digitais. Como forma de validação digital de elementos de informação físicos, ou de validação de elementos digitais, existem empresas, como a *Original My*²¹⁴ (www.originalmy.com), que podem transformar em suporte *blockchain* os dados que forem apresentados, a um preço acessível.

Todas essas e muitas outras ferramentas podem ser encontradas a partir do uso da plataforma do Projeto EthosBrasil (<https://ethosbrasil.org/>).

12.2. SOFTWARE AS A SERVICE – SAAS E A ADVOCACIA INVESTIGATIVA EM NUVEM

No site da Microsoft, encontra-se a seguinte definição do novel conceito de *Software As A Service* – SAAS, a seguir reproduzido:

O SaaS (Software como Serviço) permite aos usuários se conectar e usar aplicativos baseados em nuvem pela Internet. Exemplos comuns são email, calendário e ferramentas do Office. O SaaS fornece uma solução de software completa que você pode comprar em um regime pré-pago de um provedor de serviço de nuvem. Você pode alugar o uso de aplicativo para sua organização e seus usuários se conectarem a ele pela Internet, normalmente por um navegador da Web. Toda a infraestrutura subjacente, middleware, software de aplicativo e dados de aplicativo ficam no datacenter do provedor de serviços. O provedor de serviço gerencia hardware e software e, com o contrato de serviço apropriado, garante a disponibilidade e a segurança do aplicativo e de seus dados. O SaaS permite que sua organização entre em funcionamento rapidamente com um aplicativo por custo inicial mínimo.²¹⁵

Diante do novo cenário dos *maxiprocessos* – já esmaecido, face à nova realidade posta pela investigação defensiva, alguns fatores precisam ser considerados, tais como: i) velocidade das informações geradas; ii) necessidade de compartilhamento instantâneo; iii) trabalho com equipes de

.....
214. Para maiores informações, acesse o *Manual de Uso e Funcionalidades Original My*, disponível em: www.originalmy.readthedocs.io/pt_BR/latest/, Acessado em 26 mar. 2019.

215. Disponível em: < <https://azure.microsoft.com/pt-br/overview/what-is-saas/> > Acessado em 26 mar. 2019.

múltiplos atores; e iv) relação com outras equipes de trabalho (prestadores de serviços investigativos).

Com os novos desafios lançados a reboque, muitas soluções tecnológicas já existentes e de baixo ou nulo custo podem ser absorvidas pelas rotinas dos escritórios de advocacia que se dispuserem a exercer a função investigativa da advocacia criminal, algumas merecendo destaque e sendo transcritas a seguir, sem por óbvio exaurir as opções disponíveis no mercado de aplicativos e *softwares*.

São exemplos: i) *DropBox*²¹⁶ (www.dropbox.com); ii) *Google Drive*²¹⁷ (www.drive.google.com); iii) *Google Sheets*²¹⁸ (www.sheets.google.com); iv) *Google Docs*²¹⁹ (www.docs.google.com); v) Google Calendário²²⁰ (www.calendar.google.com); vi) *Trello*²²¹ (www.trello.com); vii) *ToDoIst*²²² (<https://todoist.com/>); viii) *Evernote*²²³ (www.evernote.com), etc..

.....
216. Compartilhamento de arquivos digitais.

217. Compartilhamento de arquivos digitais.

218. Compartilhamento de planilhas digitais.

219. Compartilhamento de arquivos com extensões .gdoc.

220. Compartilhamento digital de eventos.

221. Gestão digital de demandas em grupo.

222. Gestão digital de demandas em grupo.

223. Compartilhamento de notas digitais.

Capítulo 13

.....

TEORIA DOS JOGOS E INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

Podemos trabalhar a investigação defensiva, também, sob a ótica da teoria dos jogos aplicada ao processo penal, cujo maior expoente no Brasil e precursor de toda esta conceituação teórica é o professor Alexandre Morais da Rosa (UFSC), na sua já clássica obra “Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos” (para o qual remetemos desde logo o leitor para uma leitura exauriente sobre o tema).

Sob essa ótica, temos a inserção na leitura jurídica, em especial do processo penal brasileiro, de novas categorias as quais até então passavam ao largo do advogado ou profissional das demais carreiras jurídicas. Ao desvelar uma análise concreta dos “jogadores”, inclusive do “jogador-julgador”, a teoria dos jogos permite que se observe os fatores reais de poder e de tomada de decisão que, *naturalmente*, permeiam as relações humanas e, consequentemente, as relações jurídicas interpessoais e interinstitucionais mediadas por fatores jurídicos e não-jurídicos. Principalmente se chama atenção aos não-jurídicos.

Fala-se isso, pois, em geral, o profissional do Direito é formado para analisar corretamente os dispositivos e diplomas legais, com sua interpretação e aplicação formalística às situações concretas. Ocorre que, a partir da teorização posta, se consideram outros fatores de motivação e decisão que guiam as posições jurídicas dos diversos atores envolvidos com o processo penal.

Tal noção (jogo) passa a ser atrelada a uma outra noção, a de *guerra*, segundo a qual no processo penal existe uma verdadeira, agressiva e brutal contraposição de ideias e teses, que representam os pólos ambivalentes encabeçados pela acusação e pela defesa.

Outra categoria importante, importada da psicologia, é a de *mapas mentais* ou mapas cognitivos, que são o conjunto

relacionado de conceitos sedimentados, único e individualizado, que cada *jogador* carrega consigo, em permanente mutação e fruto das circunstâncias, experiências e aprendizados teóricos absorvidos. Tudo isso desvela um mar de possibilidades (ou não) para se antecipar entendimentos e *jogadas* dos demais atores do processo penal, a qualquer momento e em qualquer circunstância.

Nesse esboço, traz-se para a análise jurídica, em especial aquela realizada pela advocacia criminal, a Teoria da Decisão Judicial como uma bricolagem de sentidos/significantes, os quais formam uma espécie de “colcha de retalhos” para firmar a convicção do Juiz naquela situação posta.

Mais além, podemos dizer a “teoria da bricolagem de significantes” é, em verdade, uma Teoria da Decisão Humana, que pode explicar e ser aplicada a outras situações que não a Decisão Judicial, a exemplo das tomadas de decisões perpetradas por outras autoridades no curso da persecução penal, a exemplo da decisão de instauração ou não de Inquérito Policial (pela Autoridade Policial) ou de investigação direta, remessa à Polícia Judiciária, elaboração da Denúncia ou arquivamento da investigação (promovida pela Autoridade Ministerial).

Nesse sentido, apresenta-se como de grande relevo elementos não-jurídicos, os quais influem e são fatores reais da tomada de decisão, a exemplo do apelo emocional em contraposição aos argumentos meramente formalísticos.

E aqui se considera a realidade do funcionamento da mente humana, aplicando conceitos da psicologia e das neurociências – a exemplo da teoria da dissonância cognitiva, ou das falsas memórias; fazendo com que o manuseio dos elementos de informação, inclusive com sua ordem de apresentação ou omissão, a partir de uma estratégia maior de convencimento seguindo, por exemplo, pela “primeira impressão” possível de se passar, *naquele* caso específico, diante *daqueles* sujeitos processuais concretos.

Sob essa ótima realística, portanto, não cabe a análise ingenuamente romantizada de que as agências estatais de investigação (principalmente Polícia Judiciária e Ministério Público) são entidades imparciais e que, nessa esteira, conduzem os procedimentos de apuração investigativa de forma equânime, isto é, considerando em pé de igualdade os interesses da acusação e os interesses da defesa. Não se pense – e a exceção vem para confirmar a regra; que

uma diligência, por exemplo, que poderia resultar na comprovação de um alibi do investigado, teria o mesmo empenho e atenção daquela outra diligência que pode resultar na captura de provas da materialidade delitiva. Desconsiderar isto é agir ingenuamente e fora dos padrões exigidos dos *jogadores de alta performance*.

Nesse contexto, outro ponto que vale a pena mencionar, aprofundando a leitura crítica do contexto da investigação defensiva e suas múltiplas hipóteses de aplicação, é a mudança de posição e, consequentemente, a relação que se desenvolve com as agências estatais de controle, quando se está na assistência dos interesses dos acusados *lato senso*, e quando se está auxiliando as vítimas de crimes (sejam pessoas físicas, ou jurídicas).

Assim, é visual e perceptível a diferença de tratamento e de receptividade/colaboração quando se está em uma situação ou em outra, sendo importante que o advogado condutor se aperceba disso, a fim de se preparar adequadamente para cada um dos seus jogos. Desta forma, pode se esperar um ambiente muito mais *hostil* e menos colaborativo quando se está em uma investigação defensiva para assegurar a defesa técnica de um acusado.

Por outro lado, e chega a ser mesmo esperado que assim o seja, quando se está na assistência de vítimas de delitos, há um alinhamento estratégico muito mais espontâneo, sendo comum que as agências de controle (Polícia Judiciária, Ministério Público, etc.) empreguem um tratamento diferenciado. Afinal, estamos, nessa hipótese, confluindo esforços para um mesmo objetivo: a responsabilização criminal dos autores daqueles atos então apurados.

Sendo assim, pode se falar que, regra geral, se terá uma estratégia/tática dominante no auxílio às vítimas, e uma estratégia/tática dominada, no que toca à relação com as agências de controle. Tudo isso, obviamente, *per se*, não é capaz de determinar o resultado do jogo; mas, certamente, precisa ser considerado para aumentar a chances de sucesso do *player*.

Outro conceito importante, para além da *teoria das nulidades*, é a inserção do conceito de *fair play*, isto é, de “jogo limpo” ou a noção obrigatória de seguir “as regras do jogo”. Tais regras são materializadas pelas normas processuais penais, além de elementos éticos que informam o processo através das cláusulas do “devido processo legal”, da “lealdade processual”, da “paridade de armas”, entre outros.

Assim, conforme esposado em tópico próprio nesta obra (Capítulo 6), é imperioso que o advogado condutor observe a limitações normativas, desde o plano internacional, passando pelo bloco constitucional e por todo o ordenamento jurídico, para descambar nas normas ético-disciplinares emanadas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

E independentemente do julgamento e sanções ético-disciplinares, em especial pelo julgamento de processos administrativos pelos Tribunais de Ética da OAB, tem-se que a manipulação, adulteração e/ou falseamento dos elementos probatórios coligidos pode ensejar, inclusive, responsabilização criminal a partir da subsunção de eventual conduta que se amolde ao tipo penal da *fraude processual*, previsto no artigo 347 do Código Penal brasileiro.²²⁴

Nada obstante a isso, é preciso que o advogado condutor considere quem vai ser o receptor de todo o produto da investigação defensiva, notadamente quando se adotar a metodologia da autuação do caderno de provas através do chamado Autos de Investigação Defensiva (AID) (Capítulo 10). Portanto, de nada adiantaria apresentar um amontoado de documentos, desorganizados e visualmente poluídos, uma vez que a apreensão dos sentidos deve ser o mais facilitada possível, de preferência sob o aspecto visual. Para isso, é preciso uma série de cuidados desde a produção dos aportes documentais resultantes das diligências investigativas, igualmente no arquivamento e na apresentação desses elementos de informação, os quais devem estar claros, limpos e organizados.

Conforme aduzido no Capítulo 4, existem diversas formas de investigação estatal no Brasil, merecendo destaque para a discussão em especial dos gatilhos que iniciam os procedimentos investigativos dentro da Polícia Judiciária e do Ministério Público. Isso, por que, por exemplo, é possível noticiar um fato criminoso – já com a exposição fática, moldura jurídica e suportes probatórios; tanto no Ministério Público, quanto na Polícia Civil.

Quanto ao Ministério Público, aprofundando o exemplo, existem situações limítrofes onde haverá ora competência do

224. Art. 347 Inovar artificialmente, na pendência de processo civil ou administrativo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito: Pena –detenção, de três meses a dois anos, e multa. Parágrafo único–Se a inovação se destina a produzir efeito em processo penal, ainda que não iniciado, as penas aplicam-se em dobro.).

parquet estadual, ora do Ministério Público Federal, ou uma matéria fática com interface entre ambas, ou ainda com situações que abarquem interesses de ambas esferas. E ainda internamente, é cabível averiguar a possibilidade de atração de uma unidade especializada (GAECO, Patrimônio Público etc.).

Por outro lado, quanto à Polícia Judiciária, também se pode encontrar contextos semelhantes quanto às Polícias Cíveis e a Polícia Federal. Ou ainda o noticiamento direto em uma unidade especializada, como a Delegacia de Defraudações, em vez de se ir no Distrito Policial de circunscrição territorial.

As possibilidades são variadas e certamente será útil o conhecimento acerca dos *jogadores* envolvidos em cada uma dessas unidades, com a assimilação prévia dos respectivos *mapas mentais* em confrontação direta com os elementos daquele *jogo* específico. Tudo isso para se definir a estratégia de *como*, *quando* e por *quais razões* se deve notificar um fato criminoso ao Estado.

Atrelado, pois, à *Notitia criminis*, está um plexo de possibilidades jurídicas de iniciativa da vítima e/ou do acusado que podem ser implementadas, a exemplo da Busca e Apreensão e das Medidas Assecuratórias ou Cautelares Patrimoniais do Processo Penal (sequestro, arresto prévio, especialização da hipoteca legal).

Outra ferramenta legal de suma importância é a Lei de Acesso à Informação, por meio da qual se pode ter acesso a um sem-número de informações a partir da consulta a instituições e entidades públicas diversas. Como exemplo, é possível averiguar a idoneidade ético-disciplinar dos agentes do estado responsáveis pelas apurações investigativas em desfavor dos acusados em geral (policiais, fiscais etc.).

Com isso, pode se encontrar um fato ou conjunto de fatos desabonadores da conduta do agente do estado em questão, podendo ainda ter uma relação direta com o tipo de apuração depurada (ex.: um policial acusado de corrupção e extorsão de flagranteados, ou um agente do fisco já punido diversas vezes por descumprimento de diretivas regulamentares).

Por outro lado, uma característica da investigação defensiva se apresenta como de grande relevo do ponto de vista estratégico, inclusive quanto à reparação financeira dos danos causados às vítimas de delitos. Trata-se da disponibilidade, elemento inerente à cláusula do *nemo tenetur se detegere* (ou o direito de não produzir

provas contra si) e da livre atuação dos particulares na consecução dos seus interesses privados.

A partir dessa perspectiva, tem-se que nenhum elemento de informação produzido durante a investigação defensiva tem a necessidade obrigatória de ser posta à disposição das agências estatais de controle, havendo sempre a possibilidade de descarte de todo, ou parte do material produzido (sem haver nunca, por óbvio, qualquer manipulação). Isto pode ser de grande valia em negociações extrajudiciais de querelas com reflexos cíveis, estejam ou não instaurados os respectivos processos judiciais de reparação moral/material.

Ainda sob o reflexo da investigação criminal defensiva nas questões cíveis/patrimoniais, é preciso ponderar algumas categorias trazidas pela Teoria dos Jogos, em especial no sentido de que possivelmente haverá duas negociações em paralelo, sendo uma delas relativa às questões criminais, e outra relativamente autônoma (ou não, que deve ser a estratégia dominante) no que toca às questões cíveis.

Assim, sob esse enfoque, categorias como *truques*, *blefes*, *trunfos* e *ameaças*, podem ter a sua utilidade de uso direto ou para que se possa antever as jogadas dos outros *players*. O que importa é desvelar os fatores reais de poder e de tomada de decisão; se possível antecipando as *árvores* de *subjogos* tantos quantos possíveis.

Sob outro ponto da análise, pode ser estrategicamente importante iniciar as movimentações e diligências defensivas para produção probatória antecipada, principalmente em razão do perdimento de provas e vestígios com o tempo, a dificuldade de localização de testemunhas, o perecimento de evidências físicas, entres outras situações. Por conseguinte, fala-se inclusive em Investigação Defensiva em momento anterior a qualquer instauração de investigação estatal.

Sob outra perspectiva, temos clara a importância de uma atuação incisiva da defesa, principalmente sob o ponto de vista probatório, na fase pré-processual. Se avulta o relevo desse momento, em especial após a reforma tópica que trouxe o instituto da *absolvição sumária* para o procedimento comum ordinário do processo penal brasileiro. Ou para embasar a rejeição da Denúncia, ou ainda o arquivamento da investigação.

O certo é que a atitude passiva do “Advogado de Gabinete”

não é mais consentânea com o momento vivido. Nem com a imposição deontológica a qual a Defesa técnica efetiva como consectário da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal em um sistema adversarial – tendo em vista o sistema acusatório instaurado que a Constituição de 1988 impõe.

Por fim, e por falar em *adversarial system*, tem-se cada vez mais marcante a influência do *common law* e do modelo estadunidense sob o Sistema de Justiça Criminal brasileiro. Há, pois, uma prevalência cada vez mais do modelo de *plea bargaining*, principalmente com as inovações trazidas pela Lei Federal n.º 12.850 e, mais recentemente, os “acordos de não-persecução penal”. Entre outros diversos exemplos, desde a Lei Federal n.º 9.099.

Sendo assim, pode se considerar cada vez mais significativa a utilização de ferramentas como a delação/colaboração premiada. E na ótica da delação como mecanismo inserido dentro da ampla defesa, como espécie do rol de opções disponíveis à Defesa, acredita-se que a investigação defensiva possa ter extrema valia para o colaborador aumentar o seu poder de negociação dentro do ambiente negocial. Aqui, a prova de corroboração é a melhor “moeda de troca”.

Sendo assim, o certo é que o arsenal teórico trazido pela teoria dos jogos leva o *jogo processual* para outro patamar, sendo acertada a analogia comparativa que Alexandre Moraes da Rosa faz ao apresentar a antítese entre o Advogado Selvagem e o Advogado Sofisticado (*Guia...* p. 171). Tudo isso para comparar a discrepância cognitiva que existe quando se absorve o que o autor nos traz, e o mais se revela quando da aplicação diária dessa teoria no cotidiano forense.

Nesse contexto, se avulta como uma tática a ser sempre considerada pelo *player* profissional, seja na perspectiva dominante ou dominada, a relação da Investigação Defensiva com a mídia, jornalistas e outros difusores de informação, devendo se considerar sempre a posição de fonte privilegiada de informações (que, óbvio, não ofendam o sigilo processual e/ou garantias individuais) e a contingência de poder, a qual ora atua em favor de vítimas de crimes, ora de acusados, e ainda de delatores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema da investigação defensiva, por mais oportuno que seja o seu debate, permanece sendo um ilustre desconhecido no Brasil, em especial nas nossas agências de controle, e de seus respectivos quadros. E é chegada a hora disto mudar, até porque a incompreendida distinção entre ‘atos de investigação’ e ‘atos de prova’ fez com que – no Brasil – os atos do inquérito ingressassem no processo e lá pudessem ser valorados.

É um reducionismo ingênuo ou mal intencionado dizer que a investigação preliminar não merece maior preocupação porque é apenas um procedimento administrativo, pré-processual e inquisitório, ou ainda que não existem nulidades no inquérito policial (então é uma zona franca para ilegalidades?)... Ora, basta considerar que com base nos atos da investigação se pode retirar todos os bens de uma pessoa (medidas assecuratórias, por exemplo); mas também se pode retirar a liberdade dela (prisão temporária e prisão preventiva); então – parafraseando Ortega y Gasset – se pode retirar o ‘eu’ e ‘minhas circunstâncias’ é porque se pode retirar tudo! Sem falar nas sentenças condenatórias baseadas exclusivamente no inquérito (como pode ocorrer no tribunal do júri) ou com base no falacioso ‘cotejando’, como forma de burla ao impedimento – ilusório – do artigo 155 (“não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação”). Dessarte, é sempre importante debater a investigação preliminar brasileira, até porque se trata de um modelo arcaico e superado, mas que produz nefastos efeitos diários.

Recentemente, houve a aprovação do projeto de regulamentação administrativa da matéria, pelo CFOAB. Em razão disso, surgiram várias manifestações acerca da atividade da advocacia no exercício da função investigativa. Isso já trouxe significativos olhares ao tema, bem como a produção de quantidade considerável de

artigos com os quais pretendemos estabelecer um diálogo profícuo e respeitoso, sem qualquer pretensão de esgotamento temático.

Uma preocupação presente em todo o texto do Provimento 188/2018-CFOAB, foi o rígido controle para que não houvesse qualquer inovação do ponto de vista legal. Esse é um ponto nodal. Mas, sem dúvida, outros passos importantes precisam ser dados, a exemplo: i) da criação de manuais deontológicos e de boas práticas profissionais; ii) de certificação específica para formação da advocacia investigativa; e, principalmente iii) da edição de uma lei que sedimente e amplie as prerrogativas da advocacia a partir da visão da investigação defensiva. E mesmo assim não se impede o avanço do tema, pois com as reflexões acerca destes e muitos outros pontos, é que virá a maturidade da classe e da sociedade.

Todavia, a Investigação Defensiva conquistou algum avanço, ainda que embrionariamente. Exemplos disso são os eventos realizados em 2018 nas cidades de Natal/RN, Porto Alegre/RS e São Paulo/SP, assim como o primeiro curso promovido no Brasil, na área, no segundo semestre de 2018, pelo IBCCRIM.

Apesar de não haver consenso sobre muitos pontos, a exemplo de “se” e “como” deve se dar a regulamentação do chamado Autos de Investigação Defensiva (AID) (ou “*Inquérito Defensivo*”). Tal divergência é sadia, pois essa dialética permite a catalização das reflexões.

Outras perguntas, porém, já podem ser respondidas com relativa segurança, a exemplo: i) Pode a advocacia exercer atos investigativos em favor de seus clientes?; ii) Tem o advogado o dever de reportar e entregar para as autoridades os resultados de suas diligências?; iii) Existe amparo normativo para admitir, ainda que implicitamente, a advocacia investigativa no Brasil?; e, em especial iv) A regulamentação estabelecida pelo CFOAB extrapolou os poderes regulamentares conferidos pelo Estatuto da Advocacia e da OAB?

Com relação ao primeiro questionamento, houve manifestações recentes no sentido de que a atividade investigativa é exclusiva do Estado, notadamente por meio da Polícia Judiciária, conforme previsão do artigo 144, §§1º e 2º, CF e da Lei Federal n.º 12.830/2013. Para escorar tal conclusão para além de uma interpretação fria e gramatical de um dispositivo constitucional, os autores afirmaram que, em outros países, “a implementação da

investigação defensiva faz sentido para evitar prejuízo à paridade de armas, esse não é o caso do Brasil, cujo sistema prevê um órgão imparcial próprio para tal mister (polícia judiciária).”

As reações e comentários adversos foram quase que instantâneos, pois quem labuta diariamente junto ao Sistema de Justiça Criminal, em especial partindo da ótica da teoria dos jogos aplicada ao processo penal, sabe que a Polícia Civil e Federal atuam em perspectivas inquisitoriais e dedicadas à acusação, sendo raro se observar qualquer movimento tendente ao reforço de teses defendidas por suspeitos/indiciados.

E a exceção, por óbvio, vem para reforçar a regra geral. Qualquer divergência somente poderia se escorar em uma análise contrafactual, sendo de uma inocência angelical o entendimento de que a Polícia Judiciária, braço operacional e de controle do Estado, veste-se da imparcialidade pura que permite uma igualdade de possibilidades às teses acusatórias e defensivas. Até porque, imparcialidade é uma construção técnica artificial do processo, como atributo exclusivo do ‘juiz’, não da polícia e tampouco do MP no processo penal (outra confusão ou distorção bastante comum).

É inegável a disparidade de armas entre acusação e defesa, não só pela estrutura e cultura inquisitória do processo penal brasileiro, mas também porque além da polícia, também pode o MP investigar diretamente (STF). Sem esquecer que na matriz inquisitória brasileira, até o juiz pode determinar a prática de produção antecipada de provas no inquérito, artigo 156, I do CPP!! Então, não existe disparidade de armas? Não há necessidade de fortalecimento da defesa nesta fase?

Outro ponto que merece atenção, é o sugestionamento explícito de que o advogado tem o dever de reportar e entregar para as autoridades os resultados de suas diligências. Nada mais equivocado, diante da nossa ordem constitucional e legal, no tratamento dispensado à advocacia. É desconsiderar que a investigação defensiva serve à defesa e que o advogado possui prerrogativas funcionais previstas em lei.

Alguns argumentam que o advogado teria um ‘dever de informar’ à autoridade policial as fontes de prova localizadas. Tal afirmativa é de todo problemática, tendo em vista que estabelece uma confusão tanto no que toca ao regramento normativo dispensado à advocacia brasileira, quanto confunde a própria natureza

da atividade advocatícia e o resguardo da parcialidade constitucional. É preciso lembrar que a advocacia, embora exerça um múnus público (artigo 133, CF), é um ministério privado (artigo 5º, II, CF – “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”), tutelado pelo princípio constitucional do livre exercício das profissões (artigo 5, XII, CF – “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”). Não é um órgão público ou função pública em sentido estrito.

Nos limites legais, a advocacia é livre para diligenciar ou operar conforme seja melhor para a defesa do acusado. Tanto é verdade, que desde sempre advogados diligenciam e produzem a sua própria prova, contraprovas, novas provas, enfim. Essa prática opera, ainda que intuitivamente, sem metodologia bem delineada ou qualquer segurança jurídica, a partir da generalidade da ‘ampla defesa’ e do ‘contraditório’. É esse panorama que passa a se alterar e é benéfico para todos.

O CFOAB não criou qualquer prerrogativa legal para a advocacia por meio de Provimento, nem inovou sob qualquer aspecto a ordem jurídica. O que se fez, aclare-se, foi estabelecer conceitos, balizas e parâmetros para a advocacia exercer a sua função investigativa, vez que esta não se encontra proibida em qualquer norma brasileira (como dito, decorre da ampla defesa e contraditório previstos no artigo 5º, LV da CF). Disciplinar o que se pode fazer, a partir das ferramentas legais e previsões constitucionais já postas é exercício do poder regulamentador conferido no artigo 54, V, do Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei Federal n. 8.906/1994).

O que provavelmente não se compreendeu, foi o papel que a investigação defensiva pode vir a desempenhar, como mais uma ferramenta de garantia dos direitos do cidadão e do próprio advogado. Não se quer com isso retirar a competência natural da Polícia Judiciária para proceder as devidas investigações em geral; mas, no particular, não se pode negar o direito daquele que quer se defender provando, ou até mesmo daquele que busca responsabilizar o seu algoz, sob a ilusão de que “o Estado proverá”.

Noutra dimensão, é uma garantia da advocacia, principalmente em tempos de furor persecutório estatal, em que (alguns) pretendem criminalizar o exercício do direito de defesa. Basta

ver alguns entendimentos de que o advogado, por exemplo, não poderia ter contato ou entrevistar testemunhas antes da audiência. Ora, que absurdo! Existe uma distância milenar entre procurar saber qual o conhecimento que determinada pessoa tem de um caso penal, para decidir se vai arrolar ou não, se vai questionar ou não, etc., e constranger, ameaçar ou induzir a prestar falsas declarações (isso sim é crime e conduta antiética). Também existe – por parte de alguns “Torquemadas” – a tentativa de dar um alcance interpretativo do artigo 2º, § 1º da lei 12.850/2013 que beira o descalabro. É algo muito preocupante confundir o exercício do direito de defesa (seja ele pessoal ou técnico, positivo ou negativo) com “embaraçar a investigação”, numa clara criminalização, depreciação e humilhação da advocacia criminal. Para debruçar um pouco de luz nessa escuridão, a regulamentação da investigação defensiva é crucial.

Quanto ao arcabouço normativo que permite essas conclusões, podemos passar por diversos planos. No Direito Internacional, há vasto e antigo tratamento dispensado à efetivação da ampla defesa, sob a ótica da garantia dos “meios e recursos a ela inerentes”. Tal matéria veio disciplinada em diversos diplomas, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), a Convenção Americana de Direitos Humanos, o conhecido Pacto de São José da Costa Rica (1969), ou ainda o Estatuto de Roma (1998), o qual instituiu o Tribunal Penal Internacional, jurisdição internacional à qual o Brasil está submetido desde 2002.

Sob outra ótica, existe um arsenal de argumentos funcionando como elementos constitucionais fundantes da investigação defensiva, pois 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 se alegar que a segurança pública é direito e responsabilidade de todos (artigo 144, CF), inclusive do advogado no exercício das suas funções.

No plano legislativo, temos que o próprio Código de Processo Penal de 1941, com suas inúmeras alterações e minirreformas, assegura a dinâmica da investigação defensiva em dispositivos como a *Notitia Criminis* (artigo 5º, §3º, CPP) e a Assistência à Acusação (artigo 268, CPP), ou o pedido de Busca

e Apreensão (artigo 242, CPP) pelo acusado/ofendido, etc. Mas também estamos a tratar de diversos outros diplomas como a Lei de Acesso à Informação (Lei Federal n.º 12.527/2011), a Lei de Registros Públicos (Lei Federal n.º 6.015/1973), ou ainda a novel Lei de Regulamentação da Profissão de Detetive Particular (Lei Federal n.º 13.432/2017).

Por fim, o processo penal brasileiro precisa atenuar (o ideal seria eliminar) esse ranço inquisitório que o caracteriza. Existe não só uma imensa 'disparidade' de armas, mas também pontuais tentativas de criminalização da advocacia criminal que exigem a regulamentação da investigação defensiva, que não só está inequivocamente autorizada, como é uma exigência do processo penal democrático e constitucional do Século XXI²²⁵.

É, pois, de suma importância que toda a sociedade e ainda a classe advocatícia esteja ciente, acompanhe, proponha, mormente os advogados criminalistas – vez que a atividade de produção probatória se torna ainda mais relevante; para que se possa otimizar e fazer dessa oportunidade a melhor chance de ser dada uma guinada em prol de uma real paridade de armas.

Diante disso, a investigação defensiva se mostra de uma relevância singular na permanente busca de uma atuação de alta performance dos advogados que lutam em prol da efetivação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão face à persecução penal, facilitando a instrumentalização da Defesa, por meio inclusive da antecipação da produção probatória. Tudo isso, sem dúvidas, favorecerá uma efetiva paridade de armas no processo penal e, em última análise, a implementação devido processo legal substancial²²⁶.

225. Texto originalmente publicado em CONJUR. BULHÕES, Gabriel; DA ROSA, Alexandre Moraes; LOPES JÚNIOR, Aury. **Investigação defensiva: poder-dever da advocacia e direito da cidadania**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-fev-01/limite-penal-investigacao-defensiva-poder-dever-advocacia-direito-cidadania> > Publicado em: 1-2-2019, acessado em 26-3-2019.

226. DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal brasileiro**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 304, p. , abr. 2018.

REFERÊNCIAS

ABRAJI. Base de dados sobre bancos públicos de informações. Disponível em: <<https://docs.google.com/spreadsheets/d/1e4vWQkNhJ3qWZdgKeTb1rYyJPrtK4hyfCYIruzBjU0/edit#gid=0>>. Acesso em: 8 fev. 2019.

ABRAJI. Como fazer pedidos de informação com mais chances de sucesso. Disponível em: <<http://abraji.org.br/noticias/como-fazer-pedidos-de-informacao-com-maior-chance-de-sucesso>>. Acesso em: 19 fev. 2019.

ABRAJI; BRASIL, Transparência. Achados & Perdidos. Disponível em: <<http://www.achadosepedidos.org.br>>. Acesso em: 19 fev. 2019.

ABRAJI; MALI, Tiago. BANCO COLABORATIVO DE BASES DE DADOS PÚBLICOS. Disponível em: <<http://abraji.org.br/help-desk/banco-colaborativo-de-bases-de-dados-publicos>>. Acesso em: 18 fev. 2019.

AMANDA KNOX. NETFLIX. Color. Legendado.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. 'Scherlock Holmes' no processo penal brasileiro? Lineamentos sobre a lei 13.432 de 11 de abril de 2017 e a investigação criminal defensiva. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 25, n. 296, p. 8-9., jul. 2017.

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.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

BALDAN, Edson Luís. (2007). Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v.64, p. 253-263, jan. 2007.

BALDAN, Édson Luís. Devida investigação legal como derivação do devido processo legal e como garantia fundamental do imputado. In: KHALED JR, Salah Hassan. (Org.). Sistema penal e poder punitivo, estudos em homenagem ao Professor Aury Lopes Jr. 1ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2014, v. 1, p. 156-184.

BARBOSA, Rui, 1849-1923. O dever do advogado. Carta a Evaristo de Moraes / Rui Barbosa ; prefácio de Evaristo de Moraes Filho. – 3. ed. rev. – Rio de Janeiro : Edições Casa de Rui. Barbosa, 2002.

BLACK EARTH RISING. Londres: NETFLIX, 2019. Color. Legendado.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de

1988. Disponível em: . Acesso em: 9 de nov. 2015.

BRASIL. Decreto Federal n.º 76.900/1975. Cria a Relação Anual de Informações Sociais.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

BRASIL. Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS). Instrução Normativa n.º 45/2010.

BRASIL. Lei Federal n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil.

BRASIL. Lei Federal n.º 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial.

BRASIL. Lei Federal n.º 11.925, de 17 de abril de 2009.

BRASIL. Lei Federal n.º 11.977, de 7 de julho de 2009.

BRASIL. Lei Federal n.º 13.105, de 16 de março de 2015.

BRASIL. Lei Federal n.º 13.432, de 11 de abril de 2017. Dispõe sobre o exercício da profissão de detetive particular.

BRASIL. Lei Federal n.º 6.416, de 21 de maio de 1977.

BRASIL. Lei Federal n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

BRASIL. Lei Federal n.º 8.884, de 11 de junho de 1994. Institui o sistema de repressão contra os crimes econômicos.

BRASIL. Lei Federal n.º 8.935, de 18 de novembro de 1994.

BRASIL. Lei Federal n.º 8.935, de 18 de novembro de 1994. Lei dos Cartórios.

BRASIL. Lei Federal n.º 11.689, de 9 de junho de 2008. Segunda Reforma do procedimento especial do Tribunal do Júri.

BRASIL. Lei Federal n.º 11.690, de 9 de junho de 2008. Reforma das provas no Processo Penal.)

BRASIL. Lei Federal n.º 11.719, de 20 de junho de 2008. Reforma da mutatio/emendatio libeli.

BRASIL. Lei Federal n.º 11.900, de 8 de janeiro de 2009. Previsão de atos por videoconferência.

BRASIL. Lei Federal n.º 12.403, de 4 de maio de 2011. Reforma das medidas cautelares no processo penal.

BRASIL. Lei Federal n.º 12.694, de 24 de julho de 2012. Institui o julgamento colegiado em primeiro grau para organizações criminosas.

BRASIL. Lei Federal n.º 5.349, de 3 de novembro de 1967. Reforma da Prisão Preventiva.

BRASIL. Lei Federal n.º 5.941, de 22 de novembro de 1973. Primeira Reforma do procedimento especial do Tribunal do Júri.

BRASIL. Lei Federal n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973.

BRASIL. Lei Federal n.º 9.271, de 17 de abril de 1996. Reforma das citações/intimações.

BRASIL. Lei Federal n.º 9.520, de 27 de novembro de 1997. Estabelece o direito de queixa da mulher casada.

BRASIL. Ministério da Previdência Social, Portaria SAF 229/1981.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego, Portaria n.º 397/2002, aprova a Classificação Brasileira de Ocupações (CBO-2002).

BRASIL. Lei Federal n.º 8.862, de 28 de março de 1993. Alterações na investigação preliminar e na realização da perícias criminais.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento na Petição n.º 375124/MG. Relator: Celso de Mello. Dje. Brasília, 28 jun. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento na Petição n.º 146785/DF. Relator: Celso de Mello. Brasília, 15 maio 1998.

CANALTECH. Como criar seus próprios QR Code's. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/internet/Crie-seus-propriosQR-Codes-de-forma-rapida-e-facil/>>. Acesso em: 24 fev. 2019.

CARNELUTTI, Francesco. As Misérias do Processo Penal. São Paulo: Servanda, 2010.

CASARA, Rubens. O Estado Pós-Democrático no Brasil: a gestão dos indesejáveis. Justificando. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/09/17/o-estado-pos-democratico-no-brasil-gestao-dos-indesejaveis/#_ftnref1>. Acesso em: 26 fev 2018.

CONJUR. MUDANÇA NA CLT Leia lei que reconhece fé pública de advogado. 2009. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-mai-08/leia-lei-reconhece-fe-publica-advogado-justica-trabalho>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

CONJUR. SEM BUROCRACIA SP dispensa exigência de cópia autenticada de documento. 2008. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-jan-24/sp_dispensa_exigencia_copia_autenticada_documento>. Acesso em: 20 fev. 2018.

CORRÊA, Eduardo Pitrez de Aguiar. Constitucionalismo cosmopolita, igualdade de armas e a investigação defensiva: apontamentos sobre um direito humano-fundamental. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 25, n. 127, p. 167-198., jan. 2017.

CREUZ, Luís Rodolfo Cruz e; MIGALHAS. Atas notarias–Conceitos e aplicações. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI231397,-71043-Atas+notarias+Conceitos+e+aplicacoes>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

DA SILVA, João Teodoro. Serventias Judiciais e Extrajudiciais, Belo Horizonte, Serjus, 1999.

DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal brasileiro. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.

304, p., abr. 2018.

DIRTY MONEY. Direção de Alex Gibney. NETFLIX, 2018. Color. Legendado.

DROPBOX. Disponível em: <www.dropbox.com>. Acesso em: 20 fev. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Criminal Justice Standards for the Defense Function (Padrões para a atuação do Advogado de Defesa para a Justiça Criminal). América Bar Association (ABA).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Guidelines for the Appointment and Performance of Defense Counsel in Death Penalty Cases (Diretrizes para a Nomeação e Desempenho do Advogado de Defesa nos Casos de Pena de Morte). América Bar Association (ABA).

ETHOSBRASIL. Disponível em: <<https://ethosbrasil.org/>>. Acessado em 12 de julho de 2019.

EVERNOTE. Disponível em: <www.evernote.com>. Acesso em: 20 fev. 2019.

FBSP. Atlas da Violência 2018. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/publicacoes/atlas-da-violencia-2018/>>. Acesso em: 20 maio 2019.

FBSP. Tableau patrimoniais (tabela de crimes patrimoniais). Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/estatisticas/tableau-patrimoniais/>>. Acesso em: 20 maio 2019.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal. 4ª ed. São Paulo: RT, 2014.

FOLGADO, Antônio Nobre. Breves notas sobre o processo penal italiano. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/30260/submission/review/30260-31074-1-RV.pdf>>. Acesso em: 19 de julho de 2018.

FOPPEL, Gamil. REGULAMENTAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA: nem tudo que reluz é ouro. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-16/gamil-foppel-regulamentacao-investigacao-defensiva>>

FREITAS, Marcelo Eduardo. O direito do indiciado a uma investigação defensiva e contraditória no inquérito policial, 2009. O direito do indiciado a uma investigação defensiva e contraditória no inquérito policial. Acesso em: 4 mar. 2018.

FREITAS, Marcelo Eduardo. O direito do indiciado a uma investigação defensiva e contraditória no inquérito policial. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1947, 30 out. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11907>>. Acesso em: 4 mar. 2018.

GONÇALVES, Victor Hugo Pereira; CONJUR. O temerário uso da ata notarial para a formação de provas digitais. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-25/victor-goncalves-temerario-uso-ata-notarial-provas-digitais>>. Acesso em: 20 jan. 2019.

GOOGLE CALENDÁRIO. Disponível em: <www.calendar.google.com>. Acesso em: 20 fev. 2019.

GOOGLE DOCS. Disponível em: <www.docs.google.com>. Acesso em: 20

fev. 2019.

GOOGLE DRIVE. Disponível em: <www.drive.google.com>. Acesso em: 21 fev. 2019.

GOOGLE SHEETS. Disponível em: <www.sheets.google.com>. Acesso em: 20 fev. 2019.

GÖSSEL, Karl Heinz. “La Defensa en el Estado de Derecho y las Limitaciones Relativas al Defensor en el Procedimiento contra Terroristas”, in Doctrina Penal, Teoría y Práctica en las Ciencias Penales, ano 3, nº 9 a 12. Buenos Aires: Depalma, 1980.

HEFLO. Fluxogramas. Disponível em: <<https://www.heflo.com/pt-br/mode-lagem-processos/como-desenharum-fluxograma>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

How To Get Away With Murder. Produção de Peter Nowalk. AMERICAN BROADCASTING COMPANY, 2014. Color. Legendado. Série 4.

IPEA. Crimes violentos contra o patrimônio. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/link/8/crimes-violentos-contr-o-patrimonio>>. Acesso em: 03 maio 2019.

IPIENS, José Antonio Escartin. El acta notarial de presencia en el proceso. In: Revista del Notariado. nº 399.

ITÁLIA. Constituição. Disponível em: <https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf>, Acessado em 12 fev. 2019.

JORNAL OPÇÃO. Projeto de lei autoriza advogados a autenticar documentos em Goiás. 2018. Disponível em: <<https://www.jornalopcao.com.br/ultimas-noticias/projeto-de-lei-autoriza-advogados-autenticar-documentos-em-goias-118039/>>. Acesso em: 25 fev. 2018.

JÚLIO, Naydoo dos Santos. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELA DEFESA. 2014. 60 f. TCC (Graduação) – Orientador: Alexandre Moraes da Rosa, Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

LEMGRUBER, Julita; MUSUMECI, Leonarda; CANO, Ignacio. Quem Vigia os Vigias? Um Estudo Sobre Controle Externo da Polícia no Brasil. Rio de Janeiro: Edit. Record, 2003.

LOPES JR., Aury, Direito Processual Penal. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

MACHADO, André Augusto Mendes. A Investigação Criminal Defensiva. 2009. 212 f. Dissertação (Mestrado) – Orientador: Antonio Scarance Fernandes, Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MACHADO, André Augusto Mendes. Investigação criminal defensiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. <<https://doi.org/10.11606/d.2.2009.tde-27082009-114835>>.

MACHADO, Leonardo Marcondes. O amadorismo na investigação criminal cobra seu preço no jogo processual. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jan-26/academia-policia-amadorismo-investigacao-cobra-preco-jogo-processual>>, Acesso em: 2 mar. 2018.

MAKING A MUDERER. Direção de Laura Ricciardi. Produção de Moira Demos. Condado de Manitowoc: NETFLIX, 2015. Color. Legendado. Série 1.

MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 20, n. 96, p. 279-309, mai./jun. 2012.

MARCELLA. Produção de Hans Rosenfeldt, Nicola Larder. Londres: NETFLIX, 2016. Color. Legendado.

MARTINES, Fernando. Publicação reúne críticas de criminalistas a medidas anticorrupção do MPF. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-dez-09/grandes-criminalistas-criticam-medidas-anticorrupcao-mpf>>. Acesso em: 9 dez. 2015.

MARTINS, Afrânio Silva. A influência norte-americana nos sistemas processuais penais latinos. Empório do Direito, publicado em 26 jul 2016. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/leitura/a-influencia-norte-americana-nos-sistemas-processuais-penais-latinos-por-afranio-silva-jardim-1508758582>>. Acesso em 26 fev 2018.

MAURICIO, Bruno; HENRIQUE, Diego; MARTINELLI, João Paulo Orsini. A possibilidade de investigação defensiva dentro do modelo constitucional brasileiro. Revista Liberdades, São Paulo, v. 12, p.1-19, 31 abr. 2013. Quadrimestral. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/15/IBCC_RevistaLiberdades_n12_reflexao.pdf>. Acesso em: 4 mar. 2018.

METAPICZ. Disponível em: <<http://metapicz.com/#landing>>. Acessado em 27 de maio de 2019.

Mesa de Estudos e Debates: Investigação Defensiva. Edson Luís Baldan, Gabriel Bulhões, Maria Elizabeth Queijo. São Paulo: Ibccrim, 2018. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/tvibccrim_video/875-Mesas-de-Estudos-e-Debates-Investigacao-Defensiva>. Acesso em: 2 abr. 2018.

MICROSOFT. O que é o SaaS?: Software como serviço. Disponível em: <<https://azure.microsoft.com/pt-br/overview/what-is-saas/>>. Acesso em: 26 mar. 2019.

MUDANÇA NA CLT Leia lei que reconhece fé pública de advogado. 2009. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-mai-08/leia-lei-reconhece-fe-publica-advogado-justica-trabalho>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas; NETO, Eurico da Cunha. A Investigação Defensiva Como Corolário Da Igualdade Processual E Do Direito À Prova. Revista Jurídica Unigran, Dourados, v. 17, n. 33, p.133-147, 31 jun. 2015.

NOTARIADO. Conselho Federal do Colégio Notário do Brasil. Disponível em: <<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY-2lhcw==&in=MzM5Mg==&filtro=9&Data>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

O POVO CONTRA O.J. SIMPSON. EUA: NETFLIX, 2018. Color. Legendado.

ORIGINALMY. Manual de Uso e Funcionalidades OringalMy. Disponível em: <www.originalmy.readthedocs.io/pt_BR/latest/>. Acesso em: 26 mar. 2019.

Projeto de lei autoriza advogados a autenticar documentos em Goiás. 2018.

Disponível em: <<https://www.jornalopcao.com.br/ultimas-noticias/projeto-de-lei-autoriza-advogados-autenticar-documentos-em-goias-118039/>>. Acesso em: 25 fev. 2018.

QRCODEGENERATOR. App QR Code. Disponível em: <<https://app.qr-code-generator.com/>>. Acesso em: 24 fev. 2019.

QRCODEGENERATOR. The QR Code. Disponível em: <<https://www.the-qrcode-generator.com/>>. Acesso em: 24 fev. 2019.

RASCOVSKI, Luiz. A investigação criminal defensiva e o papel da defensoria pública na ampla defesa do investigado. In: TEMAS relevantes de direito penal e processual penal. Coordenação de Luiz RASCOVSKI. São Paulo: Saraiva, 2012.

RASCOVSKI, Luiz. Investigação criminal defensiva: uma luz no fim do túnel com sua previsão no novo Código de Processo Penal (projeto de lei 156/09). Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 18, n. 219, p. 14-15., fev. 2011.

RAY DONOVAN. Direção de Ann Biderman. SHOWTIME, 2013. Color. Legendado. Série 7.

Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive Disponível em: <http://www.camerepenali.it/public/file/Documenti/REGOLE%20DI%20COMPORAMENTO%20DEL%20PENALISTA.pdf>) Acessado em: 10 nov. 2018.

RODAS, Sérgio. Entrevista com Eugênio Aragão, ex-ministro da Justiça; “Ao se apaixonar pelo fetiche criminalista, MP se afastou da Constituição”. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jul-17/entrevista-eugenio-aragao-ex-ministro-justica-membro-mpf>>. Acesso em: 17 jul. 2016.

ROSA, Alexandre Moraes da. Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos. 5 ed. Florianópolis: EMais, 2019.

SAMPAIO, Denis. Reflexões sobre a investigação defensiva: possível renovação da influência italiana pós “Código Rocco” sobre a indagine difensiva. In: ADVOCACIA criminal, direito de defesa, ética e prerrogativas. Coordenação de Diogo MALAN, Flávio MIRZA. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SCANDAL. Direção de Shonda Rhimes. AMERICAN BROADCASTING COMPANY, 2012. Color. Legendado. Série 7.

SEM BUROCRACIA SP dispensa exigência de cópia autenticada de documento. 2008. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-jan-24/sp_dispensa_exigencia_copia_autenticada_documento>. Acesso em: 20 fev. 2018.

SENADO. Novo Código de Processo Penal pode ser votado neste semestre na Câmara. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2018/02/novo-codigo-de-processo-penal-pode-ser-votado-neste-semestre-na-camara>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

SEVEN SECONDS. Direção de Veena Sud. NETLFLIX, 2018. Color. Legendado. Série.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. Reforma Tópica do Processo Penal–2ª Ed. 2012. Ed. Renovar.

SOUZA, Luiz Roberto Salles; ACANJO, Ana Carolina Buffulin G. Investição defensiva. In: INSTITUTO DE ESTUDOS AVANÇADOS DE PROCESSO PENAL–ASF. Estudos de processo penal. São Paulo: Scortecci, 2011.

STAIRCASE. NETFLIX, 2018. Color. Legendado.

STRECK, Lenio Luiz. O pacote anticorrupção do Ministério Público e o fator Minority Report. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-03/senso-incomum-pacote-anticorrupcao-mpf-fator-minority-report>>. Acesso em: 3 mar. 2016.

SUITS. Produção de Aaron Korsh. 2011. USA Network. Color. Legendado. Série 7.

TEIXEIRA, Matheus. Medidas contra corrupção propostas pelo MPF têm ranço de ódio contra direito de defesa, diz IAB. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-08/livro-iab-compara-10-medidas-corruptao-mpf-ai>>. Acesso em: 8 set. 2017.

THE CONFESSION TAPES.EUA: NETFLIX, 2018. Color. Legendado.

THE GOOD WIFE. Direção de Robert King. Produção de Michelle King. CBS. 2009. Color. Legendado. Série 7.

ToDoIst. Disponível em: <<https://todoist.com/>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

TORON, Alberto Zacharias. Podemos ter um processo penal fascista em plena democracia, diz Toron. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-20/podemos-processo-penal-fascista-democracia-toron>>. Acesso em: 20 out. 2016.

TRELLO. Disponível em: <www.trello.com>. Acesso em: 20 fev. 2019.

TRUSTHISPRODUCT. Free QR Code generator. Disponível em: <<https://qrcode.trustthisproduct.com/free-qr-codegenerator.php?lang=pt>>. Acesso em: 24 fev. 2019.

Unione delle Camere Penali Italiane. Disponível em: <<http://www.camere-penali.it/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

VILARES, Fernanda Regina; BEDIN, Guilherme Augusto Campos; CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Investigação criminal: o Projeto de Código de Processo Penal e investigação defensiva. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 22, n. 107, p. 309-336.

ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. Delegado de Polícia em Ação. Salvador: JusPodivm, 2014.