



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**LORRANY RITTER VILELA**

**INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL:  
PARIDADE DE ARMAS E SUAS IMPLICAÇÕES PRÁTICAS.**

NATAL

2018

LORRANY RITTER VILELA

**INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL:  
PARIDADE DE ARMAS E SUAS IMPLICAÇÕES PRÁTICAS.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como pré-requisito parcial de Conclusão do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

Orientador: Prof. Dr. Walter Nunes da Silva Júnior.

NATAL

2018

Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN  
Sistema de Bibliotecas - SISBI

Catálogo de Publicação na Fonte. UFRN - Biblioteca Setorial do Centro Ciências Sociais Aplicadas - CCSA

Vilela, Lorrany Ritter.

Investigação defensiva no novo Código de Processo Penal:  
paridade de armas e suas implicações práticas / Lorrany Ritter  
Vilela. - 2018.

82f.: il.

Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal do  
Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Sociais Aplicadas,  
Departamento de Direito. Natal, RN, 2018.

Orientador: Prof. Dr. Walter Nunes da Silva Júnior.

1. Investigação Defensiva - Monografia. 2. Novo Código de  
Processo Penal - Monografia. 3. Juiz das Garantias - Monografia.  
4. Colaboração Premiada - Monografia. I. Júnior, Walter Nunes da  
Silva. II. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. III.  
Título.

RN/UF/Biblioteca Setorial do CCSA

CDU 343.1



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS**  
**DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL E PROPEDEÚTICA – DEPRO.**

**ATA DE DEFESA DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**


Aos 18 (dezoito) dias do mês de junho do ano de 2018, às 11h00, na Sala F3, Setor V, realizou-se a sessão pública para a defesa oral da **Monografia** intitulada: “**INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: PARIDADE DE ARMAS E SUAS IMPLICAÇÕES PRÁTICAS**”, apresentada pela discente **LORRANY RITTER VILELA**, matrícula 2014076710, como trabalho de conclusão do Bacharelado em Direito. A Comissão Examinadora designada pela Portaria nº 017/2018-DEPRO, de 15 de junho de 2018, foi composta pelo Orientador da Monografia, **WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR**, Professor Adjunto, matrícula nº 1149384, **FÁBIO WELLINGTON ATAÍDE ALVES**, Professor Adjunto, matrícula nº 1686800, ambos lotados no Departamento de Direito Processual e Propedêutica, e **GABRIEL BULHÕES NÓBREGA DIAS**, Membro Externo, que emitiram o seguinte parecer: //.

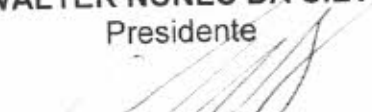
PREENCHE OS REQUISITOS FORMIS E  
MADEUSIS

A Comissão após a defesa e o cumprimento dos demais procedimentos considerou a monografia APROVADA e decidiu atribuir à menção HONROSA, atribuindo a nota: 10 (dez)

(✓) Com indicação para concorrer à seleção de melhor Monografia dos Cursos de Graduação do Centro de Ciências Sociais Aplicadas (CCSA).

**COMISSÃO EXAMINADORA**

  
Professor **WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR**  
Presidente

  
Professor **FÁBIO WELLINGTON ATAÍDE ALVES**  
Membro

  
Professor **GABRIEL BULHÕES NÓBREGA DIAS**  
Membro

## **AGRADECIMENTOS**

Em 24 de junho de 2014 eu recebi a notícia de aprovação no curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Naquele momento eu vivi a realização de um sonho. Mais do que uma conquista, tive um grande ensinamento da vida ao ver meu nome na lista dos aprovados: nunca duvidar do quanto somos capazes.

Quando questionamos a nossa própria capacidade, desacreditamos de nós mesmos. Com essa importante lição, segui os quatro valiosos anos de graduação no Setor I da UFRN. Em cada um deles tantos outros ensinamentos me foram passados. Tantas histórias, tantas lutas, tantas realidades distintas que me mostraram diferentes mundos, dentro de um mesmo Universo.

Viver a pluralidade da Universidade, em seus diversos sentidos, me tornou mais humana. Ter o privilégio de amadurecer percebendo a diversidade social foi enriquecedor e, com toda certeza, uma das experiências mais valiosas da minha ainda pouca vida.

Como tudo nesta nossa caminhada terrena, precisamos viver etapas. Talvez escolher o rumo profissional com tão pouca idade e adentrar a vida universitária com apenas 17 (dezessete) anos nos exija muito. Mas felizmente tive a sorte de sempre ter certeza da minha escolha e, neste momento, estar extremamente grata em alcançar o diploma de bacharel em Direito.

Fazer Direito vai além de conhecer a Lei ou nossas garantias enquanto cidadãos. Coursar Direito é, simplesmente, aflorar nosso lado mais humano e descobrir a empatia. Esforçar-se o suficiente para colocá-la em todas nossas atitudes, sejam elas cotidianas ou jurídicas.

O Glorioso Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte me ensinou a enxergar o mundo de outra forma, não com uma visão diferente, mas com a consciência de que é possível haver diversos panoramas para uma mesma realidade.

Ensinou-me, ainda, a compreender a pluralidade do mundo e afastar toda e qualquer postura que não possa entendê-lo assim. Lutar pelo direito dos outros, como se meus fossem.

A conclusão deste trabalho me permite finalizar mais uma importante etapa da vida, que fica para trás a partir deste momento, mas que acompanhará minha essência como profissional e como ser humano por todos os dias da minha atuação enquanto advogada.

Gostaria de agradecer, inicial e principalmente, a minha mãe e a minha avó, Tânia Ritter e Therezinha, que além de grandes instigadoras, sempre transbordaram amor, educação e bons exemplos para mim. Agradeço a dedicação incansável, a torcida e apoio que me deram em cada objetivo que almejei e o amparo nos momentos de maiores dificuldades. O alicerce que vocês construíram na minha educação, ao longo desses meus 22 (vinte e dois) anos, talvez hoje tenha o maior reflexo e retribuição que eu possa lhes dar, a minha graduação. Obrigada!

Mais do que isso, me ensinaram o quanto podemos ser fortes. Se cheguei até aqui, devo a vocês. Com muito orgulho sou a primeira mulher com graduação em nossa família e isso graças ao refúgio nas dificuldades, e fortaleza diante das fragilidades. Obrigada pelo amor que sustenta qualquer sonho que eu queira alcançar.

Ainda, serei eternamente grata e levarei sempre comigo as grandes amizades que construí neste curso e os bons exemplos de mestres que tive durante a graduação, dentre os quais destaco o professor Walter Nunes, exemplo de profissional e de orientador, que não mediu atenção e esforços nas várias consultas sobre o andamento desta monografia, o qual tive a honra de acompanhar como monitoria ao longo de 3 (três) semestres em minha graduação tendo a chance de aprender um pouco mais a cada nova turma.

O professor Fábio Athayde que me inspirou na caminhada na área penal com sua visão crítica e sua paixão inspiradora pelas ciências criminais e, com toda certeza, o professor Gabriel Bulhões, que embora eu nunca tenha sido oficialmente aluna, muito me ensinou e ainda ensina. Agradeço a este último não apenas pelo excelente chefe que foi, mas pela amizade e confiança construídas em nossa relação desde então, além dos bons exemplos que transmitiu, como Advogado Criminal, para a consecução deste trabalho.

A todos que estiveram ao meu lado e participaram ativamente deste processo, o meu muito obrigado. Olhando saudosamente para trás, vejo o quanto mudei. Amadureci, aprendi, cresci – como estudante, mas principalmente como

pessoa – me tornei uma versão melhor de mim mesma. Apaixonei-me pelo curso de direito, me engajei e dei o melhor de mim. Entre altos e baixos, dúvidas e inseguranças, o tempo voou e é hora de fechar mais um ciclo.

Com sentimento de dever cumprido e com tantos agradecimentos às tantas experiências e pessoas que cruzaram minha caminhada, encerro essa etapa guardando com muito carinho as lembranças da minha feliz graduação.

*Acuso a puta sociedade,  
Com seus padrões, seus preconceitos.  
O teto, o pão, a liberdade  
Não são favores, são direitos.*

(Noel Delamare)



## RESUMO

O desequilíbrio na atuação entre acusação e defesa no processo penal é uma realidade inquestionável que desvirtua as garantias constitucionais inerentes a quem sofre persecução penal do Estado. Os princípios do devido processo legal e do contraditório perdem espaço para o protagonismo do Órgão Acusador que se concretiza já em fase pré-processual, comprometendo a atuação do advogado criminal e, conseqüentemente, a paridade de armas processual. Nesse aspecto, e em razão das conseqüências nefastas que o mau procedimento poderá desencadear ao investigado e possível réu, o presente trabalho, através da análise de diversas inovações legislativas, destaca a importância da implementação da investigação defensiva no Processo Penal brasileiro. Examina ainda as possibilidades de técnicas específicas e a circunscrição normativa que dá respaldo a atuação da advocacia criminal possibilitando, inclusive, expansão da sua área de atuação e captação de mercado. E, finalmente, volta o seu estudo às inovações trazidas pelo projeto do novo Código de Processo Penal, dentre elas a figura do Juiz das Garantias associando, ainda, a investigação defensiva como meio eficaz na construção probatória apta a viabilizar o acordo de Colaboração Premiada, conforme a Lei das Organizações Criminosas.

**Palavras-chave:** Investigação Defensiva. Novo Código de Processo Penal. Juiz das Garantias. Colaboração Premiada.

## ABSTRACT

The imbalance between prosecution and defense in criminal proceedings is an unquestionable reality that undermines the constitutional guarantees inherent in those who suffer criminal prosecution of the State. The principles of due process and contradictory lose space for the protagonism of the Public Ministry that is already in the pre-procedural stage, compromising the criminal lawyer's action and, consequently, parity of procedural weapons. In this aspect, and due to the harmful consequences that the bad procedure can provoke to the investigated and possible defendant, the present work, through the analysis of several legislative innovations, emphasizes the importance of the implementation of the defensive investigation in the Brazilian Criminal Procedure. It also examines the possibilities of specific techniques and the normative circumscription that gives support to the practice of criminal law making possible, including, expansion of the area of action and market capture. And finally, he returns his study to the innovations brought by the new Criminal Procedure Code, among them the Judge of the Guarantees, associating also the defensive investigation as an effective means in the evidential construction able to make viable the Agreement of Awarded Collaboration, according to the Criminal Organizations Act.

**Palavras-chave:** Defensive Research. New Code of Criminal Procedure. Judge of Guarantees. Award Winning Collaboration.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>2</b>	<b>INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA E O PROCESSO PENAL.....</b>	<b>13</b>
2.1	INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA COMO INSTRUMENTO PARA DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL.....	14
<b>3</b>	<b>REGIMENTOS REGULADORES DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA E SUAS NUANCES.....</b>	<b>21</b>
3.1	LEI DO DETETIVE PARTICULAR (13.432/2017).....	22
3.2	LEI 13.245/2016 EA NOVA PRERROGATIVA DO INCISO XXI, ART.7º, DO ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL.....	25
3.3	O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NO CONGRESSO NACIONAL E AS PRINCIPAIS INOVAÇÕES FRENTE À INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA.....	32
3.4	PROVIMENTO EM CURSO NO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL.....	38
<b>4</b>	<b>O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: IMPLEMENTAÇÃO EFETIVA DO SISTEMA ACUSATÓRIO E SUAS IMPLICAÇÕES.....</b>	<b>42</b>
4.1	EMBASAMENTO PRINCIPIOLÓGICO E CIRCUNSCRIÇÃO NORMATIVA DA ATUAÇÃO DO ADVOGADO NA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA.....	43
4.2	TÉCNICAS ESPECÍFICAS DE INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA E SUA IMPLICAÇÃO NO DESENVOLVER PROCESSUAL.....	49
4.3	O JUIZ DAS GARANTIAS.....	53
4.4	INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA E A COLABORAÇÃO PREMIADA: IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO DO ADVOGADO NA BUSCA PELO MELHOR ACORDO.....	56
<b>5</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>62</b>
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>65</b>
	<b>ANEXO A - MINUTA DE PROVIMENTO CFOAB REGULAMENTANDO A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA.....</b>	<b>68</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A persecução penal do Estado em desfavor do autor de um delito deve ocorrer sempre com observância aos ditames constitucionais e legais, visando assegurar garantias e direitos daquele que se tornou ou está em vias de se tornar réu.

Através da realização de diligências, investigações e demais atividades é que se buscará a comprovação do ilícito para, assim, punir o autor de um delito. Trata-se, portanto de identificar as circunstâncias, a autoria e a materialidade apta a aplicar de maneira devida a condenação, como forma de ressarcimento pela conduta proibida.

Os princípios da igualdade, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da dignidade humana instaurados com a Constituição de 1988 precisam ser atrelados ao código de Processo Penal e suas nuances práticas. Isso, pois a sua vigência anterior à nova roupagem democrática da Carta Maior traz um teor essencialmente inquisitivo, que destoia o fim maior dos ditames propostos pela valorização dos direitos fundamentais.

Muito embora tais garantias representem uma consequência do devido processo legal e do contraditório sendo, portanto, indispensáveis ao desenvolvimento válido do procedimento penal, há que se avaliar sua real possibilidade de efetivação na persecução processual, o que resta afetada com a inexistência de equilíbrio de atuação investigativa entre defesa e acusação.

A atuação investigativa no panorama atual da prática criminal detém grande protagonismo acusatório. A defesa privada contratada pelo alvo da persecução estatal pouquíssimo espaço possui para contribuir com a construção probatória que irá, na melhor das hipóteses, servir como fundamento à rejeição da denúncia pelo magistrado.

Considerando, portanto, que angariar elementos congruentes e aptos a produzir um arcabouço robusto pode obstar a propositura de eventual Ação Penal e poupar o manejo da máquina estatal sem razões concretas e suficientes para tanto, bem como impedir a exposição do investigado a maiores especulações quando possível demonstrar sua inocência ainda em fase pré-processual, inquestionável torna-se o efetivo reconhecimento e regulamentação da investigação defensiva.

Nessa toada, com fim de buscar maiores diretrizes a forma de adesão da investigação defensiva pelo futuro código de Processo Penal brasileiro, foi procedida pesquisa nos moldes norte americano e italiano, visando avaliar as estruturas por eles construídas e suas limitações.

No contexto estadunidense tem-se o *Adversary System* que consiste no dever de investigação (*duty to investigate*), não se tratando apenas de um direito do réu, mas também de um dever ético do causídico, estabelecido inclusive no código de conduta profissional. Já no contexto italiano, por meio da Lei nº 332 de 1995, o defensor passa a poder apresentar diretamente ao magistrado o produto da sua investigação privada, sendo instrumentalizada a Investigação Defensiva, de fato, somente em 07.12.2000 com a Lei nº 397, instrumentalizando a *Investigazioni Difensive*.

A consagração de poderes aos advogados na atuação investigativa defensiva ocorrida nesses dois países demonstra a necessidade de sua regulamentação em nosso sistema pátrio. Considerando inexistir até a presente data um único instrumento regulamentador, este trabalho ocupou-se em discutir leis esparsas que, de alguma maneira, contribuem em algum aspecto da atuação do advogado em sua atividade investigativa.

Neste ínterim, a Lei 13.432 de 2017 que regulamenta a profissão dos Detetives Particulares reflete sua importância na possibilidade de coleta de informações e possíveis álibis ao investigado, contando com o auxílio, caso seja necessário, de profissionais credenciados e reconhecidos legalmente. Além disso, a Lei 13.245 de 2016 trouxe em seu teor a previsão de nova prerrogativa à classe dos advogados, garantindo sua atuação em ocasião do inquérito policial e trazendo, ainda que timidamente, essência acusatória inerente à investigação defensiva.

Continuamente, e ainda de maneira temerosa, o projeto de Lei nº156/2009 com origem no Senado Federal, sob autoria de José Sarney, objetivando a reforma do Código de Processo Penal brasileiro, que após aprovação nesta casa e encaminhamento à Câmara dos Deputados, recebeu o número 8.045/2010, traz alterações que ensejam a prevalência do sistema acusatório em detrimento do inquisitivo e, reflexamente, a possibilidade de maior atuação da defesa.

No entanto, instrumento de análise direta ao tema da investigação defensiva é a minuta de provimento submetida ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados

do Brasil em vias de ser votado em sessão do pleno. O referido documento foi minuciosamente analisado na presente pesquisa, buscando delimitar suas proposições e discutir as repercussões práticas possíveis.

Assim, a partir da análise da mencionada minuta, bem como das possíveis alterações já percebidas em ocasião do projeto que regulamenta o novo código de Processo Penal é que a presente pesquisa ocupou-se em balizar os embasamentos principiológicos e a circunscrição normativa da atuação do advogado na investigação defensiva.

Ao se considerar, portanto, que a atuação efetiva do advogado na área investigativa independente do momento processual e é embasada na necessidade constitucional de assegurar importantes garantias, deverá o defensor buscar as garantias asseguradas pela nossa Carta Maior ao seu cliente, sempre resguardando a sua atuação aos moldes normativos que circundam sua atividade laboral como o Código de Ética e Disciplina da OAB e se respectivo Estatuto.

Assim, a partir do levantamento de provas, bem como da coleta de depoimentos de testemunhas, solicitação de informações públicas às respectivas instituições e uso de instrumentos como Ata Notarial ou recursos de peritos e detetives particulares, poderá o advogado, de fato, fazer emergir o sistema acusatório no processo penal.

É nesse contexto que a presente pesquisa buscou atrelar o êxito da Investigação Defensiva em ocasião dos acordos de Colaboração Premiada. Isso, pois não deve permitir-se atuação exclusiva e unilateral do Ministério Público nos termos de elaboração do mesmo.

Com fim de concluir pelo melhor desfecho para ao colaborador, o uso das técnicas e da postura ativa na coleta de dados e no levantamento de provas robustas da Organização Criminosa visa alcançar a melhor negociação e, por consequência, o desfecho positivo de sua defesa.

Dessa forma, o presente estudo demonstrará como o uso das técnicas específicas de investigação defensiva pelo advogado, seja em casos comuns, seja em ocasião do acordo de Colaboração Premiada, podem buscar o fim precípua do processo penal para aquele que sofre perseguição do Estado: o devido processo legal e a paridade de armas.

## 2 INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA E O PROCESSO PENAL

A persecução penal ou *persecutio criminis* é o meio que o estado utiliza para, através do conjunto de atividades desenvolvidas que possibilitam punir o autor de um crime comprovadamente cometido, aplicar a pena. Persecução significa perseguir, ir no encalço. Trata-se, pois, de identificar motivos, circunstâncias e fatores aptos a aplicar de maneira devida a punição ao acusado como forma de ressarcimento pela conduta proibida, bem como para dissuadir outras pessoas de cometerem o mesmo delito.

Além desta faceta, a persecução penal é utilizada também como repertório de direitos à pessoa submetida à investigação do Estado, já que o indivíduo é obviamente a parte mais fraca. O Código de Processo Penal precisa coadunar com a ordem constitucional instaurada após 1988, quando foram consagrados os princípios da igualdade, do contraditório, do devido processo legal e da ampla defesa, bem como da dignidade humana.

No panorama hoje existente, hodiernamente necessita-se de ao menos três sujeitos processuais para que seja garantido o devido processo legal: a defesa, a acusação e o juiz.

O protagonismo exercido pelo Ministério Público frente a casos de grande repercussão social é evidente no cenário criminal, sendo possível observar uma verdadeira seletividade na condução de atos investigatórios por aquele que é a parte acusadora, com toda parcialidade que a litigância, em especial a criminal, acarreta.

Muito embora a garantia à ampla defesa represente uma consequência do devido processo legal e do contraditório sendo, portanto, indispensável para o desenvolvimento válido do procedimento penal, há que se avaliar sua real possibilidade de efetivação na persecução processual, o que resta afetada com a inexistência de equilíbrio de atuação investigativa entre defesa e acusação.

Não só na fase pré-processual a maior atuação do advogado durante todo o deslinde processual se faz primordial para prevalecer o princípio da paridade de armas. Eis que surge, portanto, a importância da Investigação Defensiva no Processo Penal brasileiro.

## 2.1 INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA COMO INSTRUMENTO PARA A DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO CRIMINAL

A Investigação Defensiva pode ser pautada como uma espécie do gênero investigação criminal. Em sede de investigação preliminar, eis que se encontra um abandono dogmático, tornando-se, portanto, território de anomias.

Como já elucidado, a persecução penal é, além do meio que o Estado utiliza para aplicação da pena, um repertório de direitos à pessoa submetida à investigação estatal, sendo tal indivíduo a parte mais fraca desse jogo de poderes.

Segundo Giacomolli (2015), o perfil inquisitivo do código pátrio encontra ambientação ideológica na década de 40 do século XX, tendo sido gestado em plena ditadura do Estado Novo, com forte influência fascista. Insta ressaltar que tal raiz inquisitorial reflete em todo o deslinde processual, não só no inquérito policial, uma vez que há, por exemplo, a possibilidade de o magistrado agir de ofício, requisitar investigações e reconhecer agravantes sem que as mesmas tenham sido descritas ou tivessem sido postuladas. Trata-se, pois, da figura do magistrado como verdadeiro inquisidor.

Neste mesmo viés, a nossa Carta Maior prevê através do seu artigo 5º, inciso LV, o contraditório e a ampla defesa como direitos e garantias fundamentais, assim, se a devida investigação legal é garantida pela própria Constituição Federal, a atuação do defensor também deve ser facilitada nesta fase do processo, sendo, segundo Marta Saad (2008, pág. 84), bastante ultrapassada a visão de que o advogado está ali para atrapalhar algo, pelo simples fato de querer ter maior atuação na defesa de seu cliente.

Nesse sentido, há regras formais e informais de resolução de impasses para acusação e defesa. Processo penal é sinônimo de enfrentamento, sem ele não há contraditório e, por via de consequência, inexistente processo democrático. Sem a garantia de equiparação de armas para as partes contrárias, como aduz Alexandre de Moraes (2008) o processo como procedimento em contraditório se transforma em mero simulacro do que poderia efetivamente ser.

Em tal sistemática, portanto, é reservado às partes o papel de construção probatória e ao Julgador a função de admiti-las. Assim, lógico concluir que a iniciativa de produção de provas é reservada às partes processuais e, como deslinde lógico



de tal afirmação, que é necessária assegurar a ambas as mesmas possibilidades de atuação. Daí decorrendo o princípio da “paridade de armas”.

Como é cediço, com finalidade de equilibrar minimamente a balança do Direito, tal princípio visa reduzir a desproporcionalidade que existe somente em prejuízo do réu, almejando alcançar maior igualdade de tratamento entre acusação e defesa, ou seja, mesmas chances e oportunidades.

No entanto, para isso é preciso garantir, segundo Aury Lopes Jr (2011, p.09), que o propósito da construção do processo de partes é um só: reconhecer o acusado como sujeito e não como mero objeto do processo. Na mesma linha entende Luigi Ferrajoli (2010, p. 564):

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 de 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.

Tal panorama se enquadra no princípio do contraditório que busca satisfazer o direito ao indivíduo acusado, tendo sua ampla defesa, assim, a possibilidade de efetivar-se, buscando a real verdade dos fatos, e não uma suposta verdade construída a partir da parcialidade probatória construída na investigação, como aduz Natalie Ribeiro Pletsch (2007, p. 76):

No jogo processual, as partes devem ter iguais oportunidades de apresentar suas teses, ou seja, de fazer suas jogadas. Suas atuações estão direcionadas para o resultado que pretendem obter, caracterizando-se, portanto, pela parcialidade com que são articuladas. Não estão dirigidas para um fim último que é apontado, muitas vezes, como a verdade, mas para reforçar os argumentos defendidos.

Segundo Marta Saad (2008), os elementos constantes do inquérito policial “não se cuidam de elementos destinados, apenas, a noticiar, ou informar, mas de elementos fadados a convencer. Informação difere do conhecimento sobre algo, ou alguém.” Assim, depoimentos de testemunhas, declarações das vítimas e dos acusados, a acareação, o reconhecimento, documentos que possam ser eventualmente juntados aos autos, além da perícia realizada nesta fase pré-

processual são sim relevantes para as etapas seguintes que possam vir a se insurgir perante o investigado.

É pela construção pautada no inquérito policial que se conserva alguém preso em flagrante; que a prisão preventiva é decretada; que a vida pregressa do indiciado é revirada e, por resultado dessa providência, pode refletir na graduação da pena.

Em suma, com observância ao contraditório, a defesa não pode sofrer restrições, mesmo porque o princípio pressupõe completa igualdade entre acusação e defesa. Ambas encontram-se no mesmo plano devendo ter, portanto, iguais condições, tendo suas alegações e provas apreciadas pelo magistrado.

Considerando que o inquérito policial é o meio de preparação para eventual propositura de ação penal, a investigação a ser realizada pode evitar a instauração de uma ação que, após movimentar a máquina estatal, mostrar-se-á inútil e infrutífera por escassez de provas e de materialidade do delito, que poderia ter sido concluída ainda na fase pré-processual.

Parte considerável da doutrina trata do interrogatório como principal espécie do gênero investigação criminal, além de atribuir a fase pré-processual características meramente administrativas, informativas, inquisitivas e com objetivo de formar a *opinio delicti* do Ministério Público.

Contudo, não há que caracterizá-lo como meramente administrativo, pois tramita no judiciário quando da concessão de prazo e quando da eventual concessão das medidas cautelares. É na sede do inquérito que se é pleiteado a persecução ao acusado, ou seja, ele se judicializa naquele momento. O ato de recebimento da denúncia é lastreado firmemente nos elementos trazidos pelo inquérito policial, logo todos esses momentos de convicção são judicializados transformando-se em elementos de instrução.

Da mesma maneira, não é razoável tratá-lo como meramente informativo, já que considerando a necessidade que o magistrado possui de basear-se em elementos de convicção pra analisar o cabimento de uma medida cautelar, por exemplo, sua essência se resta ao juízo de admissibilidade ou inadmissibilidade da acusação.

O artigo 396 do Código de Processo Penal<sup>1</sup> que versa sobre o momento de recebimento da denúncia abre prazo de 10 dias para a defesa se pronunciar. Extremamente importante, portanto, que esta dispusesse de elementos que ela mesma colheu, não necessitando se respaldar unicamente naqueles colhidos pelo Ministério Público e pela Polícia, pois ainda que não seja de má fé, há uma seletividade do que é interessante para a acusação e seu arcabouço probatório.

Da mesma forma o artigo 397<sup>2</sup> do código, com importante inovação trazida pela reforma de 2008 prevendo a possibilidade de absolvição sumária, antes só existente no rito do Tribunal do Júri, detém extrema necessidade em encontrar possibilidade de construção probatória pelos advogados do acusado. Isso, pois, cabe ao magistrado absolver sumariamente caso não haja elementos mínimos ao prosseguimento da ação, elementos estes que são justamente de informação provenientes do inquérito policial, não havendo nenhum outro recurso disponível para a possível tomada da decisão absolutória.

Há que se ressaltar também a diferença entre atos de investigação no que concerne a atuação de campo da polícia e os atos de instrução, que é justamente a documentação destes. Nos atos de instrução nada pode ser sonogado ao advogado já que trata precisamente do direito de acesso garantido aos defensores, o que muito se difere de, por exemplo, uma intervenção da defesa em atos investigativos próprios da autoridade policial, como uma campana em local onde se suspeita estar o investigado.

O Supremo Tribunal Federal em sua Súmula nº14<sup>3</sup> posicionou-se quanto ao direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão

---

<sup>1</sup> Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

<sup>2</sup> Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade; III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou IV - extinta a punibilidade do agente.

<sup>3</sup> 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.

com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Trata-se, pois, de garantia de acesso amplo. E essa garantia é uma consequência natural de um sistema acusatório puro no qual o investigado detém direito de defender-se por um defensor que não pode ficar de mãos atadas esperando o colhimento de provas a interesse do Ministério Público e da autoridade policial, ocupantes do polo oposto ao que o mesmo se encontra. O imputado deve se apresentar munido dos elementos de convicção que colheu com seus advogados.

Assim sendo, a decisão penal – seja ela condenatória ou absolutória – é, segundo Lênio Streck (2015), o desfecho final de um caso com estrutura de ficção, após a batida de martelo do julgador que estabelecerá a versão oficial do acontecimento, sem que possa alterar o passado — a história do processo.

A história do processo, portanto, como maneira única de chegar, ou ao menos tentar, alcançar a verdade real dos fatos necessita da defesa e da acusação, em polos opostos sim, mas lado a lado na capacidade investigativa, construindo o arcabouço probatório responsável por embasar no futuro processual uma condenação ou uma absolvição livre de parcialidade.

No contexto estadunidense, por exemplo, o *Adversary System* consiste no dever de investigação (*duty to investigate*), não se trata meramente de um direito do réu, mas de um dever ético do causídico, estabelecido inclusive no código de conduta profissional, sendo um consectário lógico do direito à prova defensiva. Eis o que preceitua as normas para a administração da Justiça Criminal da Ordem dos Advogados norte-americanos – *American Bar Association Standards for the Administration of Criminal Justice*:

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 (MALAN, 2015, p. 398).

Não obstante o contexto estadunidense, a busca real pelo gozo da parcialidade constitucional deferida para pleno exercício da ampla defesa do

imputado tem sua história lastreada em território italiano quando, em meados da década de 90, ocorre a chamada “Operação Mãos Limpas”, ocasião na qual, em linhas gerais, o advogado se da conta do seu mero papel figurativo formal na operação, a ponto de gerar um movimento das câmaras penais italianas, órgão equivalente à OAB no Brasil, pugnando pela presença do causídico desde a fase de investigação preliminar (BALDAN *et al*, 2018).

Com a reforma do Código italiano em 1988 subsistia ainda a Teoria da Canalização, segundo a qual toda a investigação particular deveria ser apresentada ao Delegado de Polícia ou ao Ministério Público para que fosse verificada a necessidade de produção de outros elementos de informação, caso não houvesse base suficiente para o oferecimento da denúncia (ZANOTTI, 2014).

Posteriormente, em 1995, por meio da Lei nº 332, o defensor passou a poder apresentar diretamente ao magistrado o produto da sua investigação privada, sendo instrumentalizada a Investigação Defensiva, de fato, somente em 07.12.2000 com a Lei nº 397 que alterou os artigos 327 e 391 do Código de Processo Penal Italiano, instrumentalizando a *Investigazioni Difensive*.

Com tal instrumentalização diversos poderes foram consagrados aos advogados na atuação investigativa defensiva, dentre eles entrevista pessoal e informal a potenciais testemunhas; colhimento de declaração escrita de pessoas, com a cominação de crime de falso testemunho; possibilidade de requerer laudos periciais ou produzi-los através de assistentes técnicos; efetuar vistoria em coisas ou inspecionar lugares públicos ou privados; solicitar documentos em poder da administração pública, deles extraíndo cópias e formar o instrumento para documentação dessas atividades.

Segundo Franco Scorza (2003, p. 64/65), a Investigação Defensiva permite, portanto:

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 da paridade que, como já dito, constitui uma das pilastras sobre a qual se funda a reforma do justo processo.

A Corte de Cassação Italiana, por intermédio da sentença proferida pela Corte de Apelo de Torino em 17.01.2005 consagrou, *in verbis*:

Ao defensor penal que assume as vestes de investigador é reconhecida uma dúlice qualidade: aquela de exercente de um serviço de necessidade pública na relação com o próprio assistido (imputado ou pessoa ofendida), o qual se vale de sua obra para a tutela dos seus interesses no procedimento penal, e aquele oficial público no momento em que documenta a atividade de inquérito defensivo com as modalidades e nas formas previstas pelo Código de Processo Penal<sup>4</sup>.

Com essa garantia ao advogado italiano é permitido entrevistar informalmente potenciais testemunhas, entendendo-se ser este ato meramente propedêutico, pois poderá juntar ao seu inquérito defensivo uma declaração escrita por ela, caso seja interessante para sua estratégia. As testemunhas notificadas pelo advogado podem, no entanto, se recusar, tendo o advogado direito de recorrer ao Ministério Público inexistindo, contudo, obrigação de proceder à intimação da mesma.

Outro ponto que merece maior explanação é a possibilidade de o advogado requerer laudos periciais utilizando a estrutura do Estado ou proceder à produção através de assistentes técnicos particulares. Frise-se que a prerrogativa existente de inspecionar locais públicos ou privados é uma diligência não invasiva, uma vez que não poderá alterar o estado de coisas. Assim, finda a realização da investigação, deve ser formado o inquérito defensivo, autuado e posteriormente registrado.

Indubitável, por fim, na esteira do que leciona Azevedo (2004, p. 07), que na sistemática aqui discutida o advogado detém a direção, o controle e responsabilidade da investigação defensiva, havendo, portanto, relevante incremento das funções possíveis de serem desenvolvidas pelo causídico no curso processual, sendo necessária postura proativa nas suas demandas. Não se compactuado mais com o advogado espectador até então existente, inerte a construção probatória antes só desenvolvida por Ministério Público e Polícia.

---

<sup>4</sup> In Sentença de 17.01.2005, Corte de Apelo de Torino, Seção I, nº 3.291, confirmada pela Corte de Cassação Italiana.

### **3 REGIMENTOS REGULADORES DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA E SUAS NUANCES**

A investigação defensiva, ausente de regulação como é atualmente, não conta com um instrumento único que dite suas diretrizes, sua razão principiológica de ser e suas exigências de procedimentais para seu deslinde na atuação do advogado.

Apesar disso, algumas legislações recentes que não a prevêm diretamente regulamentam institutos de grande valia para a sua inserção na cultura processual penal. A exemplo disso, discutir-se-á aqui a lei 13.432 de 11 de abril de 2017 que passa a regulamentar a profissão de Detetive Particular, grande aliado à defesa que dele necessite, bem como a lei 13.245 de 12 de janeiro de 2016 que insere no artigo 7º do Estatuto da OAB o inciso XXI, responsável por prever importante prerrogativa aos advogados em ocasião do inquérito policial.

Em que pese também seja esse o objetivo do provimento remetido ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil a ser melhor discutido no item 3.4 deste capítulo, até o presente momento a realidade investigativa pela defesa se resume a atuação prática e insegura do causídico, que desconhece os limites e possibilidades da perquirição em sua carreira.

Além da expectativa desta proposta, há ainda o projeto do Novo Código de Processo Penal, cujo início se deu com o PL 156/2009 no Senado Federal, atualmente na Câmara dos Deputados sob o nº 8.045/2010<sup>5</sup>, com previsões, ainda que tímidas, acerca da investigação defensiva, trazendo, contudo, a essência acusatória em seu corpo, principalmente no que tange ao surgimento da figura do Juiz das Garantias.

Não sendo objetivo desse capítulo exaurir a discussão acerca de cada um desses instrumentos legais, será debatido aqui a importância de cada um, juntamente à sua extensão e abrangência frente a realidade processual do âmbito penal brasileiro.

#### **3.1 LEI 13.432/2017 E A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA**

---

<sup>5</sup>[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010)

A liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão é garantido pela Constituição da República de 1988 como direito fundamental em seu art. 5º, inciso XIII.

Com fim de garantir amparo legal a tanto profissionais autônomos que atuavam na profissão de detetive particular, o legislador proveu regulamentação de tal atividade através do Projeto de Lei nº 106 de 2014, que originou a Lei nº 13.432, de 11 de abril de 2017, a qual dispõe sobre o exercício da profissão de detetive particular.

Isso, pois, o trabalho sem regulamentação legal acaba por deixar à margem grande número de pessoas que exerciam a atividade de investigação privada de maneira irregular e, por não raras vezes, cometendo atos violadores a liberdade e privacidade alheia, dando ensejo a problemas judiciais e tornando-se vulnerável por desconhecer os reais limites de sua atuação.

Assim, definir claramente o alcance dessa profissão e as condições em que ela deve ser executada ensejou a necessidade da previsão em Lei, bem como os requisitos e a capacitação exigida para que se possa atuar como detetive particular.

Segundo a redação de seu artigo 2º, considera-se detetive particular:

Art. 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 a regulamentação da profissão, portanto, é criada uma identidade e a ética profissional passa a ser exigência irremediável, uma vez que poderá ser responsabilizado por eventual postura que não seja condizente com o que prevê sua legislação. Sobre o investigador privado, o Senador Humberto Costa assim pronuncia (PEREIRA, 2017):

O detetive particular pode ter um papel marcante em nossa sociedade. Quando chamado para prestar serviço em conflitos de ordem privada, comercial e industrial, ele pode desempenhar uma função valiosa na solução de inúmeros casos, tornando-se um verdadeiro auxiliar da Justiça.



Há a possibilidade, assim como no modelo italiano, de haver uma espécie de assessoramento profissional ao advogado, seja do detetive particular em acordo com a regulamentação legislativa, seja de outro profissional que possa contribuir com a sua opinião técnica, emitir laudo ou qualquer outro tipo de assistência que possa ser de interesse da investigação defensiva, ponto que será mais bem trabalhado posteriormente.

Nesse ínterim, a Lei em comento, além de trazer o conceito de detetive particular e os requisitos necessários para o exercício da profissão, impôs os limites de suas atividades investigativas, tornando expressamente vedado o exercício de práticas de natureza criminal. Há que ser efetivamente delimitado, contudo, o que é possível de ser trabalhado pelo detetive quando sua contratação partir desta seara.

Há doutrinadores que acreditam ser a investigação criminal propriamente dita função reservada aos órgãos elencados no artigo 144 da Constituição Federal:

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:

- I - polícia federal;
- II - polícia rodoviária federal;
- III - polícia ferroviária federal;
- IV - polícias civis;
- V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

Ocorre que a investigação por eles realizada não impede a atuação da profissão de detetive particular. Obviamente há diversos atos estritos à competência do Judiciário e do aparato estatal, como quebra de sigilo de dados, grampos telefônicos e busca e apreensão, o que ensejaria conduta criminosa ao investigador privado que as realizasse, prevista no artigo 328 do Código Penal, qual seja usurpação de função pública.

Contudo, não existe previsão legal resguardando e limitando a investigação de crimes como atividade exclusiva dos Órgãos Públicos, sendo possível que órgãos sindicais, a Ordem dos Advogados do Brasil e, principalmente, a defesa do investigado atuem na averiguação do fato.

Logicamente que a força probatória e a imperatividade das informações colhidas mediante investigação estatal não são inerentes à investigação privada, uma vez que deverá passar por análise e crivo do órgão julgador para, apenas posteriormente, tornar-se prova.

A lei aqui discutida permite, em seu art. 5º, a colaboração do detetive particular com a investigação penal em curso, *in verbis*:

Art. 5º O detetive particular pode colaborar com investigação policial em curso, desde que expressamente autorizado pelo contratante.

Tal colaboração, que não inclui participar diretamente das diligências policiais, hipótese vedada pelo art. 10, inciso IV da Lei 13.432/ 2017, abarca uma possível comprovação de álibi ou de outras razões que possam demonstrar a inocência do investigado, a desresponsabilização do imputado frente à ação de terceiros, exploração de fatos que revelam a ocorrência de causas de excludente de ilicitude ou de culpabilidade, revelação da vulnerabilidade técnica ou material de determinadas diligências realizadas na investigação pública, exame do local e a reconstrução do crime para demonstrar a improriedade das teses acusatórias e identificação e localização de possíveis peritos e testemunhas.

Frise-se que, muito embora seja fácil assimilar a atuação do detetive particular unicamente ao inquérito policial, seu trabalho pode facilmente ser estendido a outras fases processuais, ou até mesmo a procedimentos com caráter extrapolicial, mas com extrema importância para a investigação defensiva como, por exemplo, aqueles comandados pelo Ministério Público ou oriundos de Comissão Parlamentar de Inquérito, bem como procedimentos presididos pela autoridade fiscal a fim de apurar a prática inadimplência fiscal e/ou de crimes tributários (CUNHA e PINTO, 2017).

Discussão relevante surge com a redação empregada ainda no art.5º, quando prevê a necessidade expressa do contratante para prestar sua colaboração na investigação penal em curso, uma vez que o aceite desta fica a critério de Delegado de Polícia que poderá admiti-la ou rejeitá-la a qualquer tempo.

É cediço que, ainda que não autorizado pelo Delegado a colaboração do detetive particular, as diligências investigativas formalizadas e requeridas pela defesa poderão sim ser levadas a cabo, pois trata-se de concretização do direito de ampla defesa do cidadão em utilizar de seus próprios recursos na busca de uma construção informativa e potencialmente probatória no futuro da persecução penal.

O mencionado artigo refere-se à autorização do Delegado no que tange a colaboração formal ao inquérito policial, podendo rejeitá-la. Contudo, a investigação

criminal defensiva, desde que respeitado os limites impostos pela lei em comento, é viável independente de qualquer autorização, por a concretização de garantia constitucional assegurada a todo e qualquer investigado.

Assim, é possível concluir pela importância da Lei 13.43/17, não só pela extrema necessidade na regulamentação da profissão de detetive particular, bem como de seus limites de atuação, mas também por ensejar a discussão e as hipóteses de execução e desempenho na seara da investigação defensiva criminal, possibilitando a busca por maior arcabouço informativo e potencialmente probatório ainda no início da persecução penal e também em suas outras etapas.

### 3.2 LEI 13.245/2016 E A PRERROGATIVA DO ART 7º, XXI DO ESTATUTO DA OAB.

O Estatuto da OAB detém a incumbência de balizar todos os direitos e deveres dos advogados brasileiros para que o exercício de sua profissão possa ser desenvolvido com segurança institucional. Sua aprovação ocorreu através da Lei Federal nº8.906, instituída no país em 4 de julho de 1994, representando uma vitória da Ordem dos Advogados do Brasil, que lutava para que fosse instituído um novo regulamento em consonância com os princípios da Carta Magna de 1988.

Em ocasião da previsão dos direitos da classe advocatícia, o estatuto traz componentes essenciais que visam assegurar o cumprimento do dever profissional. Determinado está, por exemplo, que o advogado tem o direito de exercer, com liberdade, sua profissão em qualquer ponto do território brasileiro.

Além disso, outras diversas prerrogativas são asseguradas no artigo 7º do referido Estatuto. O livre exercício da profissão acima descrito é corroborado a partir do direito a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de todos os seus instrumentos de trabalho. De maneira conexa, o estatuto garante que o advogado possa comunicar-se com o cliente, mesmo que este se encontre preso ou que seja considerado incomunicável.

Garante-se ainda ao profissional do direito com a devida inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil a impossibilidade de ser preso antes de a sentença estar transitada em julgado. A prisão pode ocorrer, no entanto, nos casos

de flagrante delito por motivos que estejam relacionados com o exercício da atividade jurídica, hipótese na qual o advogado tem direito a um representante da OAB presente para a lavratura do auto de prisão, sob pena de nulidade total do processo.

Ainda que a prática jurídica por vezes nos mostre uma realidade diferente, é também prerrogativa do advogado poder ingressar livremente em qualquer recinto que funcione como repartição judicial. Inclui o mesmo rol poder entrar diretamente em contato com magistrados em seus gabinetes de trabalho, independentemente de horário marcado, desde que observe a ordem de chegada.

Em ocasião de audiências e julgamentos, é direito do defensor apontar equívoco ou replicar uma acusação, com fim de prezar pelos interesses de seus clientes e da boa aplicação da lei, além disso, pode ter vista de processos judiciais e administrativos e retirá-los pelos prazos legais caso estejam devidamente constituídos como procuradores. Mas, ainda que não estejam em posse de uma procuração, podem examinar esses processos e documentos, desde que não sejam sigilosos.

Todas essas normativas objetivam o direito de ampla defesa àqueles que, por razões positivas ou não, precisam enfrentar a justiça, e assim o farão com aparato das bases estabelecidas pela Constituição de 1988.

É nesse mesmo contexto que, visando impedir a continuidade de violações de prerrogativas cotidianamente, o legislador cuidou de incluir no rol das garantias do artigo 7º do Estatuto previsão específica para a atuação do advogado no inquérito policial e na utilização de investigação pela defesa.

Enfraquecida a tese de que inexistem defesa e contraditório em sede de Inquérito Policial e fortalecida a necessidade real de dar força as garantias insculpidas na Carta Magna de 1988, a publicação da Lei 13.245 em 13 de janeiro de 2016 trouxe, em seu inciso XXI, a seguinte previsão:

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.

A discussão acerca desta nova prerrogativa ainda não é tão profunda quanto pode efetivamente ser. A visão de tal assistência como engate para o protagonismo da investigação defensiva no inquérito policial foi menos suscitada do que o esperado. É bem verdade que a expressão “assistir” não denota a real complexidade que a atuação assídua de um advogado na fase pré-processual pode ensejar, razão pela qual se buscará aqui discuti-la e circundar sua abrangência.

A princípio, como já salientado anteriormente, o inquérito policial é importante ferramenta de produção de elementos informativos e probatórios responsáveis por dar início à robustez do processo para caso seja iniciada a Ação Penal. Ocorre que, devido a sua essência hoje inquisitorial e a ausência de espaço investigativo à defesa, o arcabouço construído na fase pré-processual tem sua essência marcada pelo protagonismo do Ministério Público e da autoridade policial, deixando o investigado em desvantagem desde o começo.

Por essa razão, há luta dos advogados pela busca de voz ativa no contexto de apurações inquisitoriais. A possibilidade de maior atuação da defesa na fase pré-processual pode, além de enriquecer a gama de elementos fáticos e probatórios, impedir que a máquina estatal seja movimentada desnecessariamente com a instauração de eventual Ação Penal sem materialidade suficiente para seu prosseguimento.

A garantia trazida pelo inciso XXI do artigo 7º do Estatuto da OAB propõe justamente a efetiva assistência ao investigado no curso do procedimento apuratório pelo seu advogado, que agora poderá arguir nulidade do ato que não for realizado com observância a tal prerrogativa.

Importante discutir a abrangência da palavra “assistência” empregada em sua redação, uma vez que a essência democrática da Lei em comento nos dirige a uma acepção ampla do termo, não o sintetizando um simples acompanhamento da oitiva do investigado. Trata-se, pois, da atuação do causídico durante toda a fase pré-processual, seja por simples acompanhamento de seu cliente, seja pela utilização de recursos próprios para proceder à investigação defensiva e utilizá-la a favor de seu constituinte.

Tal atuação pode ocorrer a partir do interrogatório do indiciado, ou da mera oitiva de testemunha, como forma de garantir o direito de não produzir prova contra

si mesmo. Frise-se que o impedimento do acesso do advogado ao interrogatório do cliente gera nulidade absoluta do respectivo ato, bem como dos elementos dele decorrentes, entendimento já consolidado na jurisprudência<sup>6</sup>.

Neste ínterim, a alínea “a” do inciso aqui tratado garante ao advogado apresentar razões e quesitos no curso da apuração. A discussão sobre esta nova prerrogativa circunda em quem pode eventualmente ser alvo de tais atos, além de também ensejar polêmica quanto ao que vem a ser “razões e quesitos” arguidos pelo advogado.

Como tal inovação legislativa ainda é bastante recente, o embate acerca do alcance de tal dispositivo carece de maiores discussões práticas e doutrinárias, não pretendendo este trabalho exauri-las, tornando-se importante estudar com afinco a incidência prática que o mesmo pode alcançar.

A palavra razão, dentre outros sentidos, significa raciocínio que conduz à indução ou dedução de algo, ou ainda capacidade de avaliar com correção, com discernimento; bom senso, juízo. No inquérito policial, portanto, razão seria a exposição pelo advogado de constatações e observações por ele percebidas frente à depoimentos ou informações prestadas para a autoridade policial.

Podemos avaliar tal expressão em dois sentidos distintos. Razões em gênero, como espécie de direito de petição no inquérito ou razões em sentido amplo, sendo esta a participação do advogado na oitiva do seu cliente.

A primeira garante ao profissional o acesso, em qualquer instituição, mesmo sem procuração, a todos os documentos físicos ou digitais de uma investigação, ainda que esteja em andamento. A mudança trazida por essa nova norma resume-se a consagração do direito ao exercício de defesa no inquérito policial já que o impedimento desse acesso impossibilitava a compreensão dos fatos e do deslinde investigativo pelo advogado, limitando a defesa de seu cliente.

A segunda versa sobre a oitiva do investigado e a possibilidade de seu defensor intervir. A presença do advogado e da assistência técnica de um defensor nos momentos iniciais do procedimento criminal para coibir ilegalidade e

---

<sup>6</sup> Vide os seguintes julgados: STF, Rcl 22.557, Rel. Min. Edson Fachin, DJ 14/12/2015; STF, HC 106.566, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 16/12/2014; STF, RE 680.967, Rel. Min. Luis Fux, DJ 24/06/2015; STJ, 24.253, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 20/02/2010; STJ, HC 137.349, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 05/04/2011; STJ, HC 149.250, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu, DJ 07/06/2011.

arbitrariedades bem como para garantir o exercício efetivo do direito de defesa são inquestionáveis.

Por essa razão é que o novo inciso trazido pela lei 13.245/16 garante ao causídico no curso da respectiva apuração apresentar razões e propor quesitos, expressão a ser discutida posteriormente.

Dessa forma, durante o interrogatório de seu cliente, ou a colheita de seu depoimento como testemunha, é permitido ao advogado prestar sua colaboração através de apontamentos e observações que entender pertinente ao esclarecimento dos fatos que forem trazidos pelo investigado.

Existe também discussão acerca da possibilidade de o advogado propor razões em ocasião do depoimento das demais testemunhas. Embora bastante polêmico por ensejar discordância quanto às razões propostas poderem intimidá-las e contaminar a veracidade de suas declarações, há que se destacar que os apontamentos levantados pelo defensor poderão ser mediadas pelo Delegado de Polícia, em logística análoga a proposta pelo artigo 212 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Dessa forma, resguarda-se a incolumidade dos depoimentos prestados em fase pré-processual e garante-se, em contrapartida, a possibilidade de maior riqueza de detalhes na colheita das informações investigadas, assegurando o protagonismo defensivo e afastando gradativamente a essência inquisitiva do inquérito policial.

Já no que diz respeito à expressão “quesito” também empregado no inciso XXI do artigo 7º da lei em comento, importante trazer o significado literal da palavra que é, dentre outras coisas, ponto ou questão sobre a qual se pede opinião ou juízo de alguém; perguntas formuladas por itens para instrução da causa em questões técnicas.

Com a vigência desta norma, é defeso à Autoridade Policial indeferir injustificadamente a juntada de razões elaboradas pelo causídico ou seus quesitos na perícia, pois se trata de uma prerrogativa legal. É possível também requerimento

prévio do defensor, sendo obrigatório ao encarregado responsável pela investigação notificá-lo para apresentação dos quesitos quando da perícia.

Não há previsão na lei acerca do prazo para atuação do advogado em caso de notificação para razões ou quesitação, uma vez que esta não é uma prática muito comum. Contudo, havendo o requerimento, deve a autoridade deferir o seu exercício utilizando o Código de Processo Penal analogicamente, aplicando o prazo de 10 (dez) dias previsto no artigo 159, § 5º, I, e quanto às razões, aplicando-se as regras comuns da instrução criminal no processo, nos termos do artigo 396 do Código, sendo ambos os prazos processuais, correndo de acordo com o disposto no artigo 798.

Já no que tange a alínea “b” do dispositivo, esta permitia ao advogado requisitar diligências à autoridade policial, porém foi vetada. A sua redação ensejou as razões do veto, pois cabia a equivocada interpretação de que se trataria de uma ordem do advogado ao Delegado de Polícia. Com fim de sanar eventuais divergências, o mesmo foi retirado da Lei 13.245/16, persistindo o direito de requerimento de diligências com o artigo 14 do Código de Processo Penal, sendo o aceite discricionário.

Pode ser considerado resquício do teor inquisitorial do inquérito policial a ausência de poder requisitório pelo advogado na fase pré-processual. Ressalte-se que, a partir da aplicação da investigação defensiva, a realização de diligências – desde que não seja de competência unicamente judicial – poderá ser coordenada pelo próprio advogado na formulação do seu inquérito defensivo, podendo integrá-lo ao procedimento posteriormente, ponto que ainda será melhor discutido.

Frise-se ainda que o impedimento do acesso do advogado ao interrogatório gera nulidade absoluta do respectivo ato, bem como dos elementos – tanto investigatórios como probatórios- dele decorrentes. Embora haja ainda quem defenda a ocorrência de “mera irregularidade”, sem o condão de acarretar nulidade no processo penal, há diversos entendimentos jurisprudenciais em sentido oposto, já que a investigação policial tem força suficiente para embasar restrições à liberdade do cidadão.

No dia 21 de fevereiro de 2018 em Natal, estado do Rio Grande do Norte, decisão acertada e responsável por ensejar bastante polêmica foi proferida pelo juiz



da 3ª Vara Criminal de Natal, Raimundo Carlyle, com anulação da prisão em flagrante de três indivíduos e imediato relaxamento da mesma.

O Delegado de Polícia Civil, Natanion Freitas, era o responsável pelo plantão na noite do fato. Ocorre que, ao término dos depoimentos, um dos advogados pediu para apresentar quesitos às testemunhas, tendo por ele sido tal ato negado.

Segundo ele, a assistência e os direitos dos flagranteados foram garantidos a todo momento, não havendo menção expressa no artigo 7º, inciso XXI do Estatuto da OAB acerca da interferência do advogado em depoimentos de testemunhas, coadunando com o entendimento exposto pela Associação dos Delegados de Polícia Civil, como segue:

O artigo 7º, inciso XXI do Estatuto da OAB, deve ser interpretado de forma a garantir que o investigado, na fase pré-processual, seja devidamente assistido pelo seu advogado, não havendo qualquer menção expressa à prerrogativa de interferências em todos os depoimentos de testemunhas e vítimas durante a realização que presidiu o flagrante em questão, tendo agido conforme suas convicções técnicas e jurídicas, fundamentando seus atos, em conformidade com a lei.

Em contraponto, na Audiência de Custódia foi determinado pelo magistrado o relaxamento da prisão em flagrante com base no seu entendimento de que houve violação de prerrogativa dos advogados de defesa pelo delegado em ocasião da negativa da quesitação às testemunhas.

Coadunando com tal posicionamento, a Associação de Magistrados do Rio Grande do Norte – AMARN – emitiu nota de esclarecimento aliando-se com a postura adotada pelo juiz Raimundo Carlyle (BLOGDOBG, 2018):

Diante da divulgação em rede social e na imprensa digital sobre a soltura de três flagranteados por tráfico de entorpecentes na Audiência de Custódia de ontem, dia 21 de fevereiro, a Associação de Magistrados do Rio Grande do Norte – AMARN esclarece que os atos processuais praticados no Auto de Prisão em Flagrante foram estritamente dentro do que determina a legislação nacional. Houve relaxamento da prisão em razão da ilegalidade motivada pela negativa do delegado de Polícia em possibilitar aos advogados dos acusados a oferta de quesitos no auto de prisão em flagrante, o que gera a nulidade absoluta do ato, conforme artigo 7º, XXI, alínea A, da Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil).

O flagrante foi considerado nulo e, em razão dessa irregularidade, tornou-se impossível a conversão da prisão decorrente do flagrante em prisão preventiva. Se o flagrante é nulo, desaparecem com a nulidade os indícios de autoria, para fins de prisão preventiva. O relaxamento da prisão ilegal é ato obrigatório nesses casos e, ao Magistrado, cabe a última análise ao

cumprimento do devido processo legal e da ampla defesa, máximas insculpidas em nossa Constituição Federal. A função do Poder Judiciário é de guardião da Constituição. E diz o artigo 5º, inciso LXV que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”, ou seja, o Judiciário cumpriu o seu papel.

Portanto, esclarecidos os fatos, a AMARN reitera sua condição de defensora intransigente das prerrogativas dos Magistrados, em especial a independência judicial.

Em Natal/RN, 22 de fevereiro de 2018.

Juiz CleofasCoelho de Araujo Junior

Presidente da AMARN.

Possível concluir, portanto, que a investigação policial, fase primordial a todo deslinde processual, costuma ser campo fértil para reducionismos e generalizações, especialmente quando a discussão envolve vícios ocorridos no inquérito policial e suas consequências.

A luz de um processo penal democrático e constitucional, forma é garantia e limite de poder. Assim, com vistas à liberdade processual todo poder é condicionado e precisa ter seu espaço de exercício demarcado, evitando arbitrariedades sendo capaz de ensejar o reconhecimento de nulidades no inquérito, impedindo o formalismo estéril e o desvirtuamento da finalidade da investigação criminal.

### 3.3 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NO CONGRESSO NACIONAL E AS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES FRENTE À INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

O projeto de Lei nº156/2009 com origem no Senado Federal, sob autoria de José Sarney, objetiva a reforma do Código de Processo Penal brasileiro. Após aprovação nesta casa e encaminhamento à Câmara dos Deputados, recebeu o número 8.045/2010.

Adotou-se como prioridade no desenvolvimento do novo código a identificação dos pontos de maior insatisfação na perspectiva do garantismo processual e os desafios institucionais na seara criminal. O objetivo é, portanto, implementar a efetividade das normas processuais como forma de buscar a solução para os problemas estruturais, conceituais e pragmáticos que se expressaram desde a vigência do atual código, datado de 1941, e subsistiram, ainda com a reforma tópica de 2008.

De todas as discussões existentes no decorrer dos anos em que o processo penal brasileiro foi regido pelo atual código, uma das mais emblemáticas se encontra no sistema, em tese misto, mas veementemente inquisitorial que contamina toda a fase pré-processual. O artigo 4º vem com sua redação claríssima e inquestionável fincar, de uma vez por todas, o sistema acusatório em nosso inquérito policial. Vide sua redação:

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.

Não somente na fase pré-processual, este artigo reflete também, por exemplo, na proibição de o juiz determinar a produção *ex officio* de provas favoráveis à acusação podendo, contudo, produzi-la em favor da defesa, salvo se a intenção for de esclarecer dúvida sobre a prova produzida por qualquer das partes. Trata-se, pois, da importante figura do juiz de garantias que será melhor discutida posteriormente.

Há ainda concretização do acesso do defensor às provas produzidas, conforme garantido pelo Estatuto da OAB, bem como a possibilidade de examiná-las e copiá-las, não tendo o condão de revogar o caráter sigiloso da investigação, quando não for o caso.

Isso, pois, é fato que não há sigilo quanto às provas já produzidas e quanto aos atos formais, devendo o livre acesso ser garantido para possibilitar a defesa técnica do cliente, contudo deve ser assegurado o sigilo da condução investigatória no que diz respeito ao ato de coleta, por exemplo.

Um dos pontos de maior relevância dentro do cenário processual penal brasileiro diz respeito à produção de provas pelo investigado. Na redação da Lei 8.045/2010, o artigo que o regulamenta vem com a seguinte redação:

Art. 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas.

Trata-se de uma das maiores expressões do direito a defesa que o Novo Código de Processo Penal garante com sua nova roupagem. Passa a ser possível

ao investigado indicar pessoas a serem ouvidas, bem como buscar por meios próprios a melhor elucidação dos fatos ou até mesmo álbis que sejam aptos a desconstruir uma possível suspeita, como já discutido em ocasião do tópico 3.1 com a regulamentação da profissão do Detetive particular e sua contribuição à investigação pela defesa.

Os parágrafos que integram o 13º artigo do projeto do novo código deontológico destrincham nuances da produção de prova pelo investigado. Inicialmente era somente um *caput*, havendo a posterior inserção de seis parágrafos que essencialmente discriminam a forma como o advogado deve colher as oitivas possivelmente interessantes à investigação defensiva.

O primeiro parágrafo traz um panorama geral sobre a forma de iniciar o direito de entrevista previsto em seu *caput*, ressaltando a importância de ser colhido o consentimento do entrevistado, como se vê:

§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.

Tal anuência, para maior segurança do procedimento e do advogado que o realiza, pode ser formalmente registrado evitando, assim, posterior alegação inverídica e questionamento acerca da licitude do mesmo. Objetivando uma padronização do procedimento de entrevista na Investigação Defensiva, Gabriel Bulhões Dias (2018) organiza:

Visando dar uma maior credibilidade ao ato, recomenda-se que o advogado deverá presidir o ato para oitiva da testemunha, devendo:

- (i) qualificar a testemunha, com seu nome completo, profissão, endereço, naturalidade e data de nascimento;
- (ii) tomar o compromisso legal da testemunha em dizer a verdade sob as penas do falso testemunho (art. 342, *caput* e §1º, Código Penal<sup>7</sup>); e
- (iii) registrar o relato da testemunha que possa ser relevante à investigação defensiva.

---

<sup>7</sup>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.

Além dessas proposições, outras possibilidades procedimentais recomendadas ao advogado presidente do inquérito, segundo Bulhões (2018) são:

- (i) fornecer comprovação escrita de comparecimento, assinado pelo advogado e datado, caso aja interesse da testemunha;
- (ii) após a finalização da oitiva, testar a mídia para verificar a prestabilidade da gravação e reduzir à 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.

Ato contínuo, a redação do parágrafo segundo do artigo discutido traz bastante polêmica frente à discussão de extensão da investigação defensiva na fase pré-processual penal, sendo complementado com o parágrafo subsequente que permite ao juiz fixar condições para a realização da entrevista, como segue *in verbis*:

§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.

Nessa toada, em contrário ao que está acima preceituado, há quem defenda ser garantido à investigação defensiva a possibilidade de convocação formal pelo advogado, mas não obrigatória, à testemunha que lhe seja de interesse, sem que seja necessário a autorização prévia do juiz das garantias.

Logo, a “intimação” realizada pelo causídico só lograra êxito caso a pessoa convocada consinta em prestar sua entrevista, já que o ato de chamamento pelo defensor não detém essência obrigatória ou coercitiva.

*A priori*, a ausência de coercibilidade ou presunção absoluta de veracidade poderiam frustrar o ânimo da implementação da investigação defensiva, contudo, a inexistência de coerção não inutiliza os meios de diligência a serem utilizados pelo advogado, apenas limita a forma de realização destas, já que indiscutivelmente este não poderá se valer de meios violentos ou ameaçadores para implementá-las.

Isso, pois, em disputa de interesses, sempre haverá espaço para resoluções extrajudiciais de conflitos. Assim, segundo Bulhões (*ibidem*), continuamente, tal ato

convocatório realizado pelo advogado em sede de investigação defensiva pode classificar as testemunhas em três tipos, sejam elas amigáveis, neutras e hostis.

As testemunhas denominadas “amigáveis” comparecem espontaneamente, sem que haja necessidade de notificação formal, enquanto as “neutras” necessitam da realização de uma notificação extrajudicial privada, mas anuem com a convocação. Já as “hostis” são as que se recusam a prestar colaboração ao inquérito defensivo não restando maiores recursos ao causídico quanto a esta entrevista, podendo utilizar-se da notificação extrajudicial pública.

Tal notificação é uma ferramenta cartorária que dá a possibilidade notarial de intimar, solicitar, através do cartório, a ser cumprida pelo oficial de notas, que lavrará uma certidão circunstanciada após o ato de intimação, conferindo uma maior credibilidade, em razão da fé pública cartorária.

Já a notificação extrajudicial privada, segundo Bulhões (2018), são aquelas entregues mediante carta com aviso de recepção e registro de nome e matrícula funcional do servidor que a recebe, consoante proposto no provimento atualmente em tramitação no CFOAB sobre a regulamentação do tema, em seu art. 20<sup>8</sup>.

O parágrafo 4º, continuamente, versa sobre o procedimento prático a ser adotado, preceituando:

§4º. Os pedidos de entrevista deverão ser feitos com discrição e reserva necessária, em dias úteis e com observância do horário comercial.

No que tange ao material adquirido com as entrevistas realizadas segundo os ditames aqui elencados, ficará a critério da autoridade policial sua juntada aos autos, não sendo garantido pela Lei 8.045/2010 sua incorporação automática ao procedimento, vide sua redação:

---

<sup>8</sup> “Art. 20 As requisições de informações deverão ser solicitadas através de Ofício ou outro documento formalizado. §1º O Ofício ou congênere 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 congênere 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 Inquérito Defensivo, 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.”

§5°. O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial.

Em sua última previsão, o artigo 13° trata da responsabilidade que pode ser imputada tanto no âmbito cível como no âmbito disciplinar e criminal, seja como advogado, seja como testemunha.

§6°. As pessoas mencionadas no *caput* deste artigo responderão civil, criminal e disciplinarmente pelos excessos cometidos.

O ato de oitiva das testemunhas deve ser integralmente gravado e registrado em meio audiovisual, anexando-o a um algum documento que constate o comparecimento da testemunha àquela ocasião, chamado por Gabriel Bulhões como “Termo de Comparecimento Voluntário e Consciente”, o qual defende ser possível corte de partes irrelevantes para a tese defensiva, a critério do advogado. Aduz ainda:

É 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.

Entretanto, diferente dos procedimentos presididos por delegados de Polícia Civil e Federal, ou promotor de Justiça ou procuradores da República, o Inquérito Defensivo é conduzido pelo próprio causídico com objetivo de buscar apurar alguma situação que possa afetar juridicamente o seu cliente.

Portanto, nessa esfera de atuação estamos diante de disposições de direito privado, sendo a estruturação desses atos ausentes de coercibilidade e de fé pública, conforme já discutido.

Considerando então que o processo penal brasileiro condena corriqueiramente com base unicamente em provas testemunhais, sendo estas não raras às vezes resumidas a policias que integraram diligências no procedimento – inclusive prisões em flagrantes – é de grande valia a possibilidade e a regulamentação da investigação pela defesa, principalmente no que tange a entrevista de testemunha, para melhor apuração dos fatos, inovação muito pertinente trazida pelo novo código.

### 3.4 PROVIMENTOEM CURSO DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

O instituto da investigação defensiva no Brasil carece, até o momento, de uma regulamentação efetiva e completa, que esclareça todas as suas nuances e assegure a forma de atuação pratica possível aos profissionais do direito.

Em que pese haja a inclusão da matéria no projeto do novo Código de Processo Penal, com origem no projeto de Lei do Senado Federal nº156/2009, recebendo o número 8.045/2010 após aprovação nesta casa e encaminhamento à Câmara dos Deputados, não se pode prever quando e se haverá a promulgação do texto nessa forma; não há também necessidade de se aguardar tal implementação para que a advocacia pratique atos de investigação defensiva.

Dessa forma, a proposição em trâmite no Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), desde outubro de 2017, que versa sobre o tema será colocada para discussão e, caso aprovada no pleno do Conselho Federal da OAB, poderá ensejar o inicio de uma segunda e promissora etapa, qual seja a redação de uma minuta de projeto de lei.

Tal proposição foi fruto de iniciativa desenvolvida no âmbito da Comissão de Advogados Criminalistas (COMACRIM) da seccional do Rio Grande do Norte da Ordem dos Advogados do Brasil, sob a presidência do advogado Gabriel Bulhões, culminando com a redação da minuta de um provimento encaminhada ao Conselho Federal.

Todo esse caminho é possível devido às atribuições conferidas ao Conselho Federal da OAB pela Lei 8.906/94 que, especificamente em seu artigo 54 expõe as suas competências, como segue:

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;

Ato contínuo, tal projeto será apresentado como iniciativa do CFOAB, que fará o trabalho junto aos parlamentares para tramitação no Congresso Nacional, esperançosamente dando a vida a Lei da Investigação Defensiva no Brasil.



Em sua exposição de motivos, a minuta em comento apresenta as razões e embasamentos que a integram, sendo a mais basilar e essencial a busca pela paridade de armas dentro do processo penal, com conseqüente redução do desequilíbrio hoje existente entre defesa e acusação no âmbito da disputa judicial e maior valorização da advocacia criminal.

Isso, pois, a atividade advocatícia desempenha relevante função pública, uma vez que considerada pela Constituição Federal como “função essencial à Justiça”, atuando, contudo, na esfera da defesa dos interesses privados, razão pela qual, diferentemente da legalidade a que deve se pautar os atos de funcionários públicos, é permitida a atuação do advogado em tudo que não lhe for expressamente vedado por lei.

Frise-se, no entanto, que essa liberdade de atuação deverá sempre ser pautada pelo máximo respeito às normas legais e constitucionais vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive ao Estatuto Geral da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, além do Código de Ética e Disciplina da OAB e ainda do Regulamento Geral da Advocacia.

É justamente por essa razão que a minuta de provimento faz menção clara e objetiva em seu artigo 7º<sup>9</sup> quanto à vedação de aceitação de causas cujas diligências e medidas a serem tomadas em sede de Investigação Defensiva possa ocasionar em prática de infração penal ou ética.

Assim, buscando justamente dar segurança ao desenvolvimento das atividades e diligências implementadas pelo causídico no curso de sua atuação investigativa, é que o objeto de estudo desse tópico busca desenvolver um modelo para o estabelecimento de uma metodologia padronizada.

Dessa forma, a Investigação Defensiva esta apta a ser realizada pelo próprio advogado, por conta própria, ou ainda através de profissionais habilitados e contratados para tal finalidade, executando uma coleta de dados e informações de natureza não criminal de forma planejada, com conhecimento técnico e utilizando recursos e meios tecnológicos permitidos, visando ao esclarecimento de assuntos de interesse do cliente.

A Investigação Defensiva, frise-se, visa obter informações para fortalecer a

---

<sup>9</sup>Art. 7º Ao advogado é vedada a aceitação de causas cujas diligências e medidas a serem tomadas em sede de Investigação Defensiva contribua para a prática de infração penal e/ou ética.

defesa de seu contratante, podendo eventualmente contribuir com a apuração policial e/ou ministerial, mas não se confunde com a função de polícia judiciária, pois está objetiva apurar a prática de infrações criminais.

Ao contrário do que muitos podem achar, não há tempo de duração pré-determinado para a Investigação Defensiva, perdurando enquanto houver necessidade, sendo equivocado enxergá-la tão somente na fase pré-processual como inquérito defensivo, já que poderá ser desenvolvida em qualquer fase, procedimento ou grau de jurisdição, inclusive em caráter meramente preventivo, diante da possibilidade de eventual necessidade futura para defesa dos interesses do possível investigado.

A formulação e padronização do inquérito defensivo vêm, portanto, amplamente regulamentada pela minuta de provimento, exigindo de sua estrutura os dados pessoais e formais do advogado e de seu cliente, o qual deverá ser autuado em caderno com capa própria e numeração única de folhas, sendo fisicamente desvinculado ao inquérito policial.

Todos os atos nele formulados deverão possuir resultado documental ou com redução a termo devendo o condutor prestar-se a formalizar e registrar as diligências empreendidas a partir de relatórios, autos circunstanciados e afins.

No que tange as técnicas de Investigação Defensiva, assunto que será melhor discutido em tópico próprio, a dificuldade em assegurar a autenticidade em provas obtidas através de meios virtuais exige maior cautela, razão pela qual a minuta aqui estudada prevê a possibilidade de registro em Ata Notarial, sempre que possível, de todo o apurado.

Além da perquirição em meios cibernéticos, é possível colacionar como material relevante certidões públicas disponibilizadas pelo Estado, bem como informações requeridas às Instituições Públicas, que deverão ser solicitadas através de ofício ou outro documento formal, sempre respeitando as regras do sigilo profissional e das garantias legais, sob pena de responsabilização administrativa, cível ou até mesmo criminal.

Uma das mais tradicionais, mas também a mais polêmica em sede de investigação pela defesa é a possibilidade de intimação e oitiva de testemunhas, sejam elas favoráveis ou não ao investigado. Como já discutido, a ausência de coercibilidade no ato de intimação realizado pelo advogado torna a realização da

oitiva variável, uma vez que a anuência da testemunha é ponto crucial para tanto.

Ainda assim, em ocasião da realização da entrevista deverá o advogado proceder com o procedimento formal realizado em sede de colheita de depoimento policial, qual seja a qualificação, registrando o relato em meio audiovisual e juntando-o ao inquérito defensivo.

É possível também a contratação de auxiliares para acrescer o corpo informacional da investigação, tais como investigador particular em acordo com a Lei 1.3432/17, e perícia técnica, desde que através de um profissional técnico habilitado em seu respectivo conselho profissional.

Com vistas a apresentar a investigação defensiva sob a égide do provimento que será submetido ao Conselho Federal da OAB, o presente tópico buscou apresentar as nuances de maior destaque no que pode vir a ser a norma reguladora da investigação pelos advogados, pontos estes que serão avaliados criticamente no capítulo seguinte.

#### **4 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: IMPLEMENTAÇÃO EFETIVA DO SISTEMA ACUSATÓRIO E SUAS IMPLICAÇÕES**

A consagração do sistema acusatório com o futuro Código de Processo Penal se molda a partir de diversas inovações a serem trazidas em sua tenra roupagem, seja pela efetiva previsão da investigação defensiva, seja pela inovadora figura do Juiz das Garantias.

Ciente de que o fim da essência inquisitiva exige que o devido processo esteja baseado em três pilares, quais sejam o acesso à justiça, o contraditório e a plenitude de defesa, torna-se de grande valia a investigação defensiva.

A atuação efetiva do advogado na área investigativa, independente do momento processual, é embasado na necessidade constitucional de garantir-se o contraditório e a ampla defesa, bem como a paridade de armas entre defesa e acusação.

Dessa forma, deve o defensor privado buscar as garantias asseguradas pela nossa Carta Maior ao seu cliente, sempre resguardando a sua atuação aos moldes normativos que circundam sua atividade laboral como o Código de Ética e Disciplina da OAB e se respectivo Estatuto.

Caberá ao causídico também nesta nova roupagem ter maior postura proativa frente aos casos que assumir, não se deixando levar apenas pela inércia processual, mas colocando-se a frente dos rumos e teses que são levantadas pela acusação.

Para isso, é possível a defesa privada valer-se dos meios e técnicas específicas da Investigação Defensiva. Assim, a partir do levantamento de provas, bem como da coleta de depoimentos de testemunhas, solicitação de informações públicas às respectivas instituições e uso de instrumentos como Ata Notarial ou recursos de peritos e detetives particulares, poderá o advogado, de fato, fazer emergir o sistema acusatório no processo penal.

É nesse contexto que a Investigação Defensiva age no êxito dos acordos de Colaboração Premiada. Isso, pois não deve permitir-se atuação exclusiva e unilateral do Ministério Público nos termos de elaboração do acordo.

Para que haja o melhor desfecho para o colaborador, deve o advogado colocar-se ativamente na coleta de dados e no levantamento de provas robustas da

Organização Criminosa, com fim de assegurar a melhor negociação e, por consequência, o desfecho positivo de sua defesa.

Dessa forma, o uso das técnicas específicas de investigação defensiva pelo advogado, seja em casos comuns, seja em ocasião do acordo de Colaboração Premiada, sempre buscarão o fim precípua do processo penal para aquele que sofre perseguição do Estado: o devido processo legal e a paridade de armas.

#### 4.1 EMBASAMENTO PRINCIPOLÓGICO E CIRCUNSCRIÇÃO NORMATIVA DA ATUAÇÃO DO ADVOGADO NA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

Como embasamento principiológico da investigação defensiva, temos os princípios da igualdade (art. 5º, *caput*, CF<sup>10</sup>), do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF<sup>11</sup>), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF<sup>12</sup>).

O vocábulo *princípio* deriva do latim *principium* e em definição, é aquele momento em que há o começo ou origem de algo. Neste caso, trata-se da origem do raciocínio é, pois, toda proposição geral que pode servir como premissa maior.

A importância da existência dos princípios como norte processual ocorre no âmbito penal como poderoso meio de contenção e de delimitação de poderes que detém os incumbidos da perseguição penal, uma vez que o processo penal não é e jamais poderá ser um instrumento de arbítrio do Estado.

Portanto, ao falarmos em “investigação” é primordial que os direitos e garantias sejam assegurados, uma vez que, diferentemente dos domínios do direito civil e administrativo, não há prevalência do interesse coletivo sobre o interesse individual.

Tais garantias são pura e simplesmente, como sublinha Ferrajoli (2010), técnicas previstas no ordenamento jurídico para reduzir a distância entre a normatividade e a efetividade, unindo a teoria (*law in books*) com a prática (*law in action*).

---

<sup>10</sup>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:

<sup>11</sup>Art. 5º (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

<sup>12</sup>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;

Neste sentido, José Afonso da Silva (2005, p. 189) assegura que o devido processo legal está baseado em três princípios, quais sejam: o acesso à justiça, o contraditório e a plenitude de defesa. Todos esses são uma esfera protecionista delineada em torno do alvo da persecução penal e que pode ser reduzido a quatro axiomas, conforme defende Ferrajoli (2010): 1) nenhuma culpa sem processo; 2) nenhum processo sem acusação; 3) nenhuma acusação sem prova e 4) nenhuma prova sem defesa.

A partir da tríade dos princípios da igualdade, do devido processo legal e do contraditório e da ampla defesa é possível analisar objetivamente a legalidade ou ilegalidade da atuação do Estado no processo penal. Isso, pois, em dada situação fática a ausência de pelo menos um desses pressupostos de constitucionalidade são suficientes a ensejar atuação arbitrária do poder estatal, deslegitimando-o.

Ciente de que a ampla defesa é pressuposto básico do devido processo legal e que esta só é garantida com o devido contraditório, a importância da investigação a ser realizada pela defesa dentro do processo penal se coaduna com a necessidade da maior concretização destes princípios na esfera prática de atuação do advogado e, principalmente, daquele que sofre a persecução penal do Estado e está em vias de ter o seu mais valioso direito ceifado: a liberdade.

Resta claro, assim, que essa nova faceta de atuação profissional da advocacia traz consigo, por consequência, uma necessidade de mudança de postura e de perspectiva pelo profissional, que passa a ser mais ativo na defesa dos interesses de seus clientes.

Em contraponto a evolução ocorrida em ocasião do modelo italiano, Édson Baldan (2006) 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.

Na mesma linha, Bulhões (2018) defende ainda haver finalidade preventiva na investigação defensiva, que serve em certos momentos (i) para fomentar a legalidade na atuação dos agentes estatais; e em outros (ii) para viabilizar as

responsabilizações dos eventuais desvios e excessos cometidos por esses mesmos agentes.

Em que pese à análise da investigação defensiva como instrumento de alcance do corolário da paridade de armas entre acusação e defesa dentro do sistema acusatório, é necessário o mapeamento dos deveres e limitações que a mesma enseja, principalmente ao defensor particular que se propõe a executá-la.

Por essa razão é que surge a importância de se discutir a delimitação e a circunscrição normativa no atuar do advogado, seja com as normativas específicas, tais como Estatuto da OAB e seu respectivo Código de Ética, seja com o bloco constitucional como um todo.

No modelo italiano da investigação defensiva o advogado ao exercer o múnus investigatório passa a ter compromisso com a verdade visível, aquela que pode ser reconstruída nos autos da investigação, ou seja, não pode falsear. Em ocasião da decisão de 2005 da Corte de Apelo de Torini, posteriormente confirmada pela Corte de Cassação Italiana, consagrou-se:

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 pessoa ofendida), o qual se vale de sua obra para a tutela dos seus interesses no procedimento penal, e aquele oficial público no momento em que documenta a atividade de inquérito defensivo com as modalidades e nas formas previstas pelo Código de Processo Penal.<sup>13</sup>

Embora o causídico assuma uma dúplice qualidade no modelo italiano, podendo ser equiparado a oficial público, na consagração da investigação defensiva no Brasil trata-se do livre exercício da profissão, assegurado pela nossa Carta Maior<sup>14</sup>.

Assim, acobertado pelo direito fundamental ao livre exercício das atividades profissionais, não há que se falar em equiparação a funcionário público no contexto da investigação defensiva brasileira, pois como é sabido, a advocacia é uma

---

<sup>13</sup> In Sentença de 17.01.2005, Corte de Apelo de Torino, Seção I, nº 3.291, confirmada pela Corte de Cassação Italiana.

<sup>14</sup> Art. 5º, XIII: é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

atividade privada – ainda que essencial à Justiça<sup>15</sup> - e detentora de um múnus público. Por essa razão, diferentemente do âmbito administrativo, tudo o que não for defeso em lei, é permitido à atuação profissional do advogado.

Por óbvio que esse livre exercício encontra limites práticos, principalmente no que concerne ao choque com direitos individuais de outrem. Dessa forma, as diligências realizadas em sede de investigação defensiva, seja de pessoa física, jurídica ou privada, devem ter cautela em não violar, sem a devida autorização judicial, a privacidade alheia, bem como o sigilo – fiscal, bancário, telefônico, telemático, de correspondência, entre outros – uma vez que incorrerá em crime e estará sujeito às sanções criminais, cíveis e administrativas cabíveis.

Trata-se, pois, de valer-se de instrumentos legais como forma de assessorar sua atuação prático-profissional, desde a fase pré-processual, ou até mesmo uma investigação preventiva sem haver sequer existência de inquérito policial, até mesmo ao tempo posterior ao trânsito em julgado para possível revisão criminal.

Além disso, pode ser destacada também a lógica do aprimoramento tanto da Segurança Pública, como da administração da justiça, uma vez que o papel pró-ativo do advogado é uma forma de colaborar ativamente no aprimoramento desta evitando erros judiciais, falsas acusações, condenações injustas, já que se torna possível antecipar nulidades que poderiam por abaixo grande dispêndio estatal se tardiamente alegado.

Caso emblemático que ocasionou a movimentação da máquina estatal, tendo ao fim sido anulada pelos tribunais superiores é a Operação Satiagraha manejada pela Polícia Federal em 2008.

O Superior Tribunal de Justiça em 2011 anulou a operação apontando para ilegalidades na condução da coleta de provas. De acordo com o entendimento da 5ª Turma, seguindo o voto do relator Ministro Adilson Macabu, a convocação da Agência Brasileira de Inteligência (Abin) para auxiliar nos grampos telefônicos que foram usados como prova originou ilegalidade nas investigações, comprometendo todo o processo – logo, toda a Satiagraha, bem como seus efeitos, deveria ser anulada.

---

<sup>15</sup> 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.



A decisão foi ratificada pelo Supremo Tribunal de Federal em 2015, quando anulou toda a operação e acarretou, por consequência, a suspensão do processo que julgava o banqueiro Daniel Dantas por corrupção ativa.

O caso dessa operação foi de grande repercussão e pode ser utilizado para analisar a importância da cautela e da necessária observância aos ditames legais, tanto pela defesa ao desempenhar atividades buscando o êxito de sua investigação, como pela acusação ao não medir esforços em tentar obter as provas que deseja, ainda que para isso precise ir de encontro aos ditames processuais legais.

Sob o enfoque da investigação defensiva, se tivesse havido uma perquirição pela defesa em que fossem apontadas as nulidades, a operação poderia ter sido convalidada e saneada muito antes de os vícios terem se afigurado como indesejáveis. Então, nesse sentido, o advogado tem uma releitura em seu papel social, deixando a figura de “defensor de bandido”, para exercer papel ativo ampliando o campo cognitivo de sua atuação.

Atuação esta que expressa sua importância no acompanhamento de diligências, cabendo perfeitamente apontar erros e nulidades que desperdiçam a atividade estatal se arguidas tardiamente, ou ainda o desempenho desses profissionais no auxílio direto da persecução penal e das instruções processuais enquanto assistentes<sup>16</sup> das vítimas e acusações.

Com base em análise ao modelo investigativo defensivo italiano, Édson Baldan (2004, p. 7) elenca algumas consequências naturais à implementação das atividades de investigação defensiva, como segue:

Esperado que adoção desse instrumento, ora apenas esboçado, tivesse algumas consequências imediatas: a) aprimoramento da investigação policial como contraponto 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 consequente 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

---

<sup>16</sup> 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.

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 *decisium*, pois com ouvidos às razões produzidas por acusação e defesa em perfeita *égalité des armes*.

Para o advogado militante da área criminal surge, portanto, algumas possibilidades de atuação, classificados para fins didáticos por Gabriel Bulhões (2018) com a taxonomia da 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.

A investigação *stricto senso* é, nada mais nada menos, que a investigação defensiva feita pelo causídico com seu cliente, buscando levantar as teses defensivas e embasá-las com provas angariadas por seus meios, sob o dever de realizar todas as diligências possíveis, ainda que confesse seu cliente.

Em contraponto, também é possível através da perquirição defensiva estar o advogado em serviço da vítima de um delito, em defesa de seus interesses sejam eles patrimoniais ou não, cabendo na fase pré-processual para angariar elementos de prova, ou durante o processo para dar continuidade às diligências, ou até mesmo para atuar como assistente de acusação nos termos do artigo 268 do Código de Processo Penal.

Já no que diz respeito a investigação defensiva no âmbito corporativo a contratação do defensor particular pode se dar habitual ou pontualmente para, por exemplo, se analisar possíveis fraudes ou demais ilícitos nesse ambiente, uma vez que, segundo Gabriel Bulhões (2018):

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 uma ordem lógica e cronológica, para auxiliar as autoridades públicas responsáveis pelas devidas apurações/responsabilizações e também as medidas privadas tomadas pela pessoa jurídica, através dos seus sócios e/ou representantes legais, na esfera cível.

Ainda, no aspecto empresarial a perquirição pela defesa é de bom alvitre para programas de conformidade e integridade empresarial – o *compliance* – cabendo este no aspecto criminal ou cível, com medidas e diligências

implementadas em investigações internas ou até mesmo no estudo de idoneidade de parceiros e possíveis investidores.

Por fim, ressalte-se que há também possibilidade de subcontratação no provimento, ou seja, advogados podem se especializar em investigação defensiva, voltando sua atuação prática para o trabalho de perquirição processual, e com isso serem demandados por outros escritórios ou outros advogados para especificamente programar a investigação em seus casos.

Dito isto, resta clara a necessidade da busca pela efetiva ampla defesa no procedimento penal, a partir da garantia de prevalência do contraditório e da paridade de armas e, principalmente, pelo maior protagonismo do advogado no que diz respeito à produção de provas e a investigação complementar. Frisando, inclusive, ser esta um novo viés de atuação da atividade jurídica, implementando o serviço do defensor privado e valorizando a advocacia criminal.

#### 4.2 TÉCNICAS ESPECÍFICAS DE INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA E SUA IMPLICAÇÃO NO DESENVOLVER PROCESSUAL

A implementação da Investigação Defensiva no processo penal surge para abandonar a inércia da defesa que só vinha empenhar esforços em sua atuação após o recebimento da citação de seu cliente. Nessa mudança de perspectiva, cabe ao advogado também em caráter preventivo ou na fase pré-processual atrelar o conhecimento, a visão jurídico-processual, a pró-atividade e a perspicácia no sentido de avaliar todas as provas documentais, testemunhais, periciais e todas que puderem ser produzidas.

Assim, a persecução penal deve ser vista como um jogo investigatório que carece de estratégias processuais, cabendo ao causídico, inclusive, conforme menciona Leonardo Machado (2018) traçar suas táticas de defesa e ataque no jogo investigatório, não devendo se menosprezar a repercussão do pré-jogo e sua dinâmica, pois pouca coisa lhe restará do processo, devendo após isso compensar os esforços poupados.

No deslinde processual são diversas as provas que podem ser colacionadas. Deve o advogado, portanto, fazer minuciosa análise sobre todas

elas, seja as já produzidas, seja as produzidas de maneira privada, seja as que poderão ser produzidas a partir de autorização do juízo competente.

Aquelas existentes desde o principio como certidões, documentos pessoais e documentos diversos precisam passar por exame a fim de averiguar a autenticidade e sintetizar as informações ali constantes. Já as provas testemunhais, perícias particulares, registros em vídeos que podem ser produzidas de forma privada, a depender do caso, talvez necessite de respaldo em leis específicas como a do Detetive Particular e a Lei de Acesso à Informação.

Por fim, aquelas que exigem o afastamento de algumas garantias constitucionais, como a quebra e sigilo telefônico, telemático, bancário e/ou fiscal e busca e apreensão são as que necessitarão de autorização do juízo competente. É imprescindível avaliar com cuidado todas as provas já produzidas até ali, e ainda observar possibilidade de impugnação e de nova produção.

Nesse íterim, tendo noção da abrangência dos atos necessários à realização de uma investigação defensiva, se faz imprescindível 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 a procuração genérica comumente utilizada.

As técnicas específicas de investigação se enquadram na formulação do inquérito defensivo pelo advogado, o qual conta com sua previsão no provimento existente no Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, conforme já discutido no item 3.4 do capítulo anterior, segundo qual:

Art. 1º Fica autorizada a instauração de Inquéritos Defensivos no âmbito da advocacia brasileira, nos termos do presente Provimento.

§2º Ficam igualmente autorizadas, nas disposições aplicáveis deste Provimento, outras formas de Investigação Privada a pedido de interessado jurídico, à exemplo das medidas e diligências implementadas por programas de conformidade e demandas por diligências prévias.

O provimento em comento traz ainda a previsão da possibilidade de o advogado requerer à autoridade judiciária, desde que fundamentadamente, dentre outras diligências, a requisição de documentos e/ou informações de entidades privadas, inclusive de natureza cadastral, ficando assegurado a ele o acompanhamento da diligência resultante do deferimento de requerimentos feitos a esta autoridade.

Ainda no Título III – das técnicas de investigação defensiva – o Capítulo I, que versa sobre a busca de informações públicas, prevê a possibilidade de o advogado, por ato próprio ou delegado, realizar pesquisa pública em todos os sítios virtuais localizados na rede internet, em especial a consulta em perfis e páginas públicas das diversas redes sociais hoje utilizadas, devendo tais provas serem juntadas ao Inquérito Defensivo em anexo a um relatório apresentado como resultado da diligência.

Considerando a dificuldade de assegurar autenticidade a este tipo de prova, deverá o advogado, sempre que possível, registrar em Ata Notarial tudo o que for apurado e relevante for para os interesses do constituinte consoante preceitua o art. 384, parágrafo único, do Código de Processo Civil<sup>17</sup>, que deu novo e substancial alcance a este instrumento cartorário. Isso, pois, tal instrumento público tem função de constatar fielmente os fatos ou seu estado, através da figura do tabelião, ou até mesmo de preposto autorizado.

No que tange a prova testemunhal e sua oitiva em ocasião da investigação defensiva, um dos aspectos mais polêmicos dentro do presente tema, entendo ser permitido ao advogado intimar formalmente testemunhas favoráveis ou não à Defesa.

Essa intimação, por óbvio, carece de coercibilidade e obrigatoriedade, aspecto já tratado no presente trabalho, mas trata-se de possibilidade que deve ser garantida ao advogado em ocasião da regulamentação da investigação pelo defensor privado.

O instrumento a ser utilizado para tanto é uma ferramenta denominada de notificação extrajudicial pública. Através dela é possível, além da intimação, a solicitação de informações ou a simples entrega de um ofício, tendo este ato seu respectivo registro com fé pública cartorária.

Já a notificação extrajudicial privada deve seguir o modelo de um ofício padronizado, com registro daquele que o receber, conforme previsto no artigo 20 da proposição de regulamentação da temática em trâmite no CFOAB, *in verbis*:

Art. 20 As requisições de informações deverão ser solicitadas através de

---

<sup>17</sup>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”.

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 Inquérito Defensivo, 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.

O pedido de esclarecimento através da intimação extrajudicial de testemunhas segue a mesma lógica da solicitação de colaboração, por entidade pública ou privada – a partir do fornecimento de registros audiovisuais, como imagens de câmeras de vigilância. Partindo novamente do ponto de ausência de cogência do requerimento realizado por advogado, a colaboração obtida mediante colaboração da pessoa física ou jurídica a quem se solicita é de grande valia para, por exemplo, corroborar a tese de existência de álibi ou refutar alguma ação atribuída ao investigado.

Dentro da circunscrição normativa do advogado cabe ainda a realização de perícias, desde que através de profissional técnico habilitado em seu respectivo conselho profissional, seguindo os critérios do Código de Processo Penal<sup>18</sup>, em que o laudo pericial deve elaborado no prazo máximo de 10 (dez) dias, cabendo prorrogação, ou com prazo diferenciado em razão da complexidade para realização da perícia, devendo ser registrado e documentado os métodos utilizados, bem como os resultados alcançados.

Por fim, quanto às técnicas disponíveis à investigação defensiva aqui expostas, para seu satisfatório aproveitamento, prudente será o advogado produzir relatório minucioso a ser apresentado tanto ao seu cliente, como a autoridade judiciária, analisando sempre a melhor estratégia a ser adotada para a defesa do constituinte em sua realidade processual.

---

<sup>18</sup>“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.”

### 4.3 O JUIZ DAS GARANTIAS

A proposta do novo Código de Processo Penal introduz, dentre outras inovações, a figura do juiz das garantias, responsável pelo controle da legalidade especificamente em sede de investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos fundamentais do acusado.

No procedimento penal atual o juiz da fase pré-processual é o mesmo a proferir a sentença. Com a nova roupagem, entretanto, será competência exclusiva do juiz das garantias atuar na fase de investigação e ao juiz do processo julgar efetivamente o réu - este tendo ampla liberdade em relação ao material colhido na fase de investigação.

Há vasta experiência internacional nesse sentido, como o *giudice per le indagini preliminari* na Itália (LOPES JR, 2000, p. 65), o *juiz da instrução* em Portugal e o *juez de garantía* no Chile (SILVEIRA, 2009, p. 88-89), sistema este profundamente influenciado pelo Código de Processo Penal modelo para a América Latina.

Tal necessidade surgiu a partir da efetiva ruptura com a cultura que o inspirou, qual seja os ideais totalitários do Código Rocco de 1930 da Itália com contexto social, econômico e politicamente distinto dos dias atuais.

Com a nossa Constituição datando de 1988 e inaugurando a democracia, o Código de Processo Penal de 1941 passou a ter sua essência destoada dos novos princípios basilares, trazendo valores e anseios para o modelo de país que se desejava.

Devido a isso, ao longo destes quase 80 anos de sua vigência, pontuais alterações foram realizadas, principalmente com a reforma trazida pela Lei 11.719 de 2008, mas que não ocasionou rompimento substancial com a cultura que o inspirou, o que fez que em 2009 o Senado Federal nomeasse uma Comissão de Juristas para elaborar um novo Código de Processo Penal.

Uma das principais críticas gira em torno da desnecessidade de dois magistrados no decorrer da persecução penal, pois, conforme dizeres de Moraes (2010), já há juízes que garantem o direito do investigado.

Contudo, o juiz que atua no inquérito é informado quase que

exclusivamente pela voz da acusação, tendo uma pré-opinião acerca de fatos que serão posteriormente discutidos no processo. É a hipótese de deferimento de medidas cautelares, já que *in casu* faz-se necessária análise dos elementos investigatórios, conforme diz Antoine Garapon (1997, p 183):

Aquele que julga nunca está completamente isento de juízos antecipados. Assim, paradoxalmente, é menos difícil para ele tomar uma decisão do que alterá-la!

No mesmo sentido preceitua a exposição de motivos do anteprojeto do novo Código de Processo Penal, como segue *in verbis*:

A vedação de atividade instrutória ao juiz na fase de investigação não tem e nem poderia ter o propósito de suposta redução das funções jurisdicionais. Na verdade, é precisamente o inverso. A função jurisdicional é uma das mais relevantes no âmbito do Poder Público. A decisão judicial, qualquer que seja o seu objeto, sempre terá uma dimensão transindividual, a se fazer sentir e repercutir além das fronteiras dos litigantes. Daí a importância de se preservar ao máximo o distanciamento do julgador, ao menos em relação à formação dos elementos que venham a configurar a pretensão de qualquer das partes. Em processo penal, a questão é ainda mais problemática, na medida em que a identificação com a vítima e com seu infortúnio, particularmente quando fundada em experiência pessoal equivalente, parece definitivamente ao alcance de todos, incluindo o magistrado. A formação do juízo acusatório, a busca de seus elementos de convicção, o esclarecimento e a investigação, enfim, da materialidade e da autoria do crime a ser objeto de persecução penal, nada tem que ver com a atividade típica da função jurisdicional.

Ressalte-se que as cláusulas de reserva de jurisdição previstas na Constituição da República que requerem ordem judicial para a expedição de mandado de prisão, para a interceptação telefônica ou para o afastamento da inviolabilidade do domicílio, pretende tutelar as liberdades individuais, e não a qualidade da investigação, não devendo servir, portanto, como pretexto da preservação da eficiência investigatória.

Saliente-se que a figura do juiz das garantias não se limita a estabelecer um mero gestor da tramitação de inquéritos policiais, mas sim o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais.

Dentre os objetivos da inovação aqui discutida, além da otimização da jurisdição criminal com a especialização na matéria e o gerenciamento do respectivo



processo operacional, temos, como mais importante, o distanciamento do juiz responsável pelo julgamento de mérito dos elementos de convicção que serão produzidos e dirigidos ao órgão acusador.

Como bem ponderou Antonio Sérgio de Moraes Pitombo (2009):

A experiência tem mostrado que certos magistrados adotam ativismo excessivo na investigação criminal, ao fazerem reuniões com policiais antes de operações, ao decretarem, de ofício, medidas assecuratórias, e ao chegarem a sugerir que se requeiram prisões cautelares. Longe da proteção dos investigados contra a arbitrariedade, passam eles a tratar com aparência de normalidade práticas policiais em desconformidade com a ordem jurídico-constitucional, tais como o uso indevido de algemas, a exposição pública de pessoas presas, a apreensão desmensurada de documentos e a interceptação telefônica sem restrição temporal, dentre outros abusos. Em simples palavras, perdem tais juizes de direito a equidistância necessária ao exercício da jurisdição, para se tornarem algozes dos investigados — em casos de repercussão, especialmente. Mais tarde, no desenvolvimento do processo-crime, constata-se esse envolvimento do juiz criminal graças a seu vínculo psicológico com as provas produzidas na fase policial, até porque ele, vez ou outra, participou de atos instrutórios que lhe influenciam o convencimento.

Assim, o magistrado se torna um defensor dos atos acusatórios, e não fiscal deles. Toma as vestes da pretensa legitimidade da investigação criminal, em vez de juiz imparcial capaz de enxergar as aberrações que se deram no procedimento.

Ressalte-se que o juiz das garantias, ao contrário do que preceitua o atual código, não ficará prevento para ação penal futura, já que, conforme defende o Senador Renato Casagrande (ibidem):

A competência do juiz das garantias cessa com a propositura da ação penal e alcança todas as infrações penais (art. 16), ressalvadas as de menor potencial ofensivo, que seguem o rito dos juzados especiais. Todavia, é preciso ter claro que o juiz das garantias difere do juiz das varas de inquérito policial, hoje instituídas em algumas capitais, como São Paulo e Belo Horizonte. É que o juiz das garantias deve ser compreendido na estrutura do modelo acusatório que se quer adotar. Por conseguinte, o juiz das garantias não será o gerente do inquérito policial, pois não lhe cabe requisitar a abertura da investigação tampouco solicitar diligências à autoridade policial. Ele agirá mediante provocação, isto é, a sua participação ficará limitada aos casos em que a investigação atinja direitos fundamentais da pessoa investigada. O inquérito tramitará diretamente entre polícia e Ministério Público. Quando houver necessidade, referidos órgão dirigir-se-ão ao juiz das garantias. Hoje, diferentemente, tudo passa pelo juiz da vara de inquéritos policiais.

Essa figura surgiu a partir do *giudise per leindaginipreliminari* e da invocação da autoridade do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH). É de

grande valia mencionar duas oportunidades em que o TEDH posicionou-se, ainda na década de 80, pela perda da imparcialidade dos juízes que haviam atuado na fase de investigação, estando, assim, impedidos de participar da fase de julgamento (LOPES JR, 2008).

Nesse sentido são os julgados atinentes ao caso Piersack vc. Bélgica de 1982 e ao caso De Cubber VS. Bélgica de 1984 (ANDRADE, 2011). No primeiro tratou-se do reconhecimento da perda da imparcialidade de um juiz que, antes de tornar-se o julgador do processo, havia atuado como órgão do Ministério Público responsável pela condução da investigação sobre o fato que posteriormente julgara.

Já no segundo o foco da discussão esteve centrado na proibição de um juiz que fora responsável pela investigação criminal (juiz-instrutor ou juiz-investigador), ser o mesmo a participar do julgamento do fato que havia investigado anteriormente. Frise-se que o TEDH somente em 1984 reconheceu a impossibilidade de acumulação de atividades jurisdicionais (investigadora e julgadora).

O juiz das garantias, dessa forma, representa um grande passo em busca da efetiva imparcialidade no deslinde processual penal, muito embora não seja medida absoluta para tal fim.

Por essa razão, considerando-o como mecanismo importante para a redução dos danos decorrentes do arbítrio e parcialidade do julgador, bem como para o aperfeiçoamento do sistema da prestação jurisdicional, é inquestionável a conveniência de sua introdução em nosso ordenamento e o notável valor a corroborar junto à investigação defensiva.

#### 4.4 INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA E A COLABORAÇÃO PREMIADA: IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO DO ADVOGADO NA BUSCA PELO MELHOR ACORDO

A Colaboração Premiada prevista na Lei nº 12.850 de 2013 constitui meio de extrema importância em angariar provas suficientes a ensejar a constatação da criminalidade econômica organizada. Sua eficiência se perfaz, pois apenas quem

conviveu como integrante da teia criminosa sabe indicar a cabeça do esquema ilícito e suas nuances.

A atuação do advogado na negociação com o Ministério Público antes da homologação do acordo é de grande valia, uma vez que para que a colaboração seja efetiva deve haver respeito à legalidade e voluntariedade do procedimento.

A atuação do defensor privado, em face de sua função pública, carece de atenção especial ao pleno exercício das garantias necessárias a um acordo de colaboração, verificando a conveniência e necessidade da negociação para o seu cliente, zelando pelo preenchimento dos requisitos legais caso seja constatada ser esta a melhor estratégia de defesa.

A figura da colaboração premiada é instituto que causa grandes discussões a respeito de seu ajuste em relação ao modelo processual pátrio, mas o fato é que em havendo ação penal oriunda de acordo de colaboração, há que se garantir o devido processo e defesa técnica e ampla, exatamente de acordo como os ditames constitucionais previstos e em vigência.

A necessidade de estar atento a postura ética no desenrolar de seu labor ocorre com grande ênfase *in casu*, pois eventual elaboração de documentos ou pareceres jurídicos que possam alavancar atos de corrupção ou demais ilícitos são absolutamente vedados pelo código de Ética e Disciplina da OAB<sup>19</sup>, sendo

---

<sup>19</sup>Art. 2º. O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce.

Parágrafo único. São deveres do advogado:

I - preservar, em sua conduta, a honra, a nobreza e a dignidade da profissão, zelando pelo seu caráter de essencialidade e indispensabilidade;

II - atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé;

III - velar por sua reputação pessoal e profissional;

IV - empenhar-se, permanentemente, em seu aperfeiçoamento pessoal e profissional;

V - contribuir para o aprimoramento das instituições, do Direito e das leis;

VI - estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios;

VII - aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial;

VIII - abster-se de:

a) utilizar de influência indevida, em seu benefício ou do cliente;

b) patrocinar interesses ligados a outras atividades estranhas à advocacia, em que também atue;

c) vincular o seu nome a empreendimentos de cunho manifestamente duvidoso;

d) emprestar concurso aos que atentem contra a ética, a moral, a honestidade e a dignidade da pessoa humana;

e) entender-se diretamente com a parte adversa que tenha patrono constituído, sem o assentimento deste.

IX - pugnar pela solução dos problemas da cidadania e pela efetivação dos seus direitos individuais, coletivos e difusos, no âmbito da comunidade.

corriqueiro a exposição de muitos causídicos a tal situação.

Considerando que a defesa criminal é exercida sem considerar a opinião pessoal do advogado sobre a culpabilidade de seu cliente, sendo um dos pilares do Estado Democrático de Direito, não havendo causa criminal indigna de defesa, cumpre ao advogado agir, como defensor, no sentido de que a todos seja concedido tratamento condizente com a dignidade da pessoa humana, sob a égide das garantias constitucionais.

A partir da confiança recíproca estabelecida entre advogado e cliente dever-se-á esclarecer todas as possibilidades de defesa, bem como todas as estratégias, inclusive a colaboração premiada, visto ser essa um instrumento legítimo, portanto, uma opção entre outras tantas possíveis dentre os mais lícitos princípios constitucionais.

Os legitimados para a realização do referido acordo estão previstos na Lei nº. 12.850/2013, não podendo o juiz participar das negociações entre as partes para a sua formalização, devendo esta ocorrer entre o Delegado de Polícia, o investigado e o defensor ou, a depender do caso, entre Ministério Público, investigado e seu defensor.

Quanto à defesa, a análise primordial ocorre no interesse na celebração do acordo frente à situação de seu cliente, sempre deixando claras as possibilidades e consequências na realização do mesmo. Passado este ponto, passa-se a negociação com o Órgão Acusador quanto às cláusulas a serem firmadas.

Nesse sentido, David Teixeira de Azevedo (1999, p. 7) ensina:

Cumpra, destarte, ao advogado escolher os melhores meios e os mais formidáveis modos de exercer a defesa do cliente, cuidando de aplicar todo seu tirocínio, talento, inteligência e conhecimento jurídico – tanto mais na hipótese de delação – para que o termo de acordo de colaboração seja o mais claro, estrito e restrito possível, e homologado de modo a vincular os signatários e a autoridade judicial que o homologa, assegurando a obtenção dos benefícios previstos legalmente, em sua melhor e mais estendida expressão.

Isso, pois, a Lei que regula a colaboração premiada, conforme Bottini (2013) bem coloca, são apenas normas citadas que dispõem sobre as hipóteses de delação e suas principais consequências, mas pouco ou nada apresentam sobre a forma da negociação, seus participantes e limites.

Por essa razão tal negociação precisa ser muito bem analisada e previamente estudada pela defesa. Nesse cenário entra a importância da investigação defensiva na colaboração premiada, já que é necessário amplo e robusto arcabouço probatório para conferir ao advogado uma carga informativa própria a respeito do caso penal e, por conseguinte, melhores condições de barganha com os órgãos estatais legitimados para o ato.

Assim, a investigação na etapa pré-processual, ocasião em que há maior amplitude na possibilidade de angariação probatória, com mais e melhores informações a respeito dos fatos que circundam a razão de ser do processo em análise, traz maior chance de um acordo favorável ou menos prejudicial, já que a colaboração premiada pode ocorrer tanto no âmbito processual quanto na fase preliminar.

Portanto, Leonardo Marcondes Machado (2018) preceitua:

Logo, com base no direito à prova defensiva e à garantia de paridade de armas, deve-se outorgar ao imputado o direito de empreender, por conta própria e de maneira potencialmente exitosa, a atividade de investigação independente dos órgãos estatais. Do contrário, restará ao imputado contar com a própria sorte (ou azar) nos dilemas do jogo processual.

Os campos reais de investigação defensiva se fazem tão necessários à concretização da justiça penal, pois a ampliação dos espaços de negociação se mostra como medida capaz de possibilitar redução dos flagrantes níveis de desigualdade entre os sujeitos implicados nas etapas da persecução criminal.

A investigação calçada pelo órgão acusador e regulamentada pela Resolução do próprio Conselho Nacional do Ministério Público nº181/2017, torna o tema da investigação defensiva algo de fato premente. Isso, pois a defesa do investigado encontra-se em posição de desvantagem quando comparado à superioridade da acusação, principalmente no que concerne a produção de um arcabouço apto a embasar as diversas teses possíveis de serem formuladas a respeito do caso penal.

É justamente com o fito de rever essa absoluta desproporcionalidade que pode funcionar a investigação defensiva. A hipótese, portanto, se funda na exigência democrática de paridade de armas indispensável ao devido processo penal e, além disso, a construção de um quando probatório consistente e apto a dar cabo ao

acordo de colaboração premiada alcançando, por fim, o melhor desfecho para seu cliente dentro das possibilidades do caso em concreto.

Tal importância advém da inadmissibilidade da construção do Termo de Acordo de Colaboração Premiada com fundamento exclusivo em declarações do agente colaborador, conforme previsto na Lei que dispõe sobre as Organizações Criminosas<sup>20</sup>.

Por isso, para a garantia da efetividade da colaboração as técnicas específicas de Investigação Defensiva trabalhadas neste capítulo se mostram valiosas ao trabalho do causídico. É nesse contexto que o levantamento de dados e documentações deve ocorrer, como atas de reuniões realizadas, cópias de e-mails trocados entre os envolvidos, extratos de contas de telefone ou contas bancárias; bilhetes de passagens aéreas; recibos de hospedagens em hotéis; mensagens de celular; fotografias, vídeos, entre outros.

Reprise-se a importância da Ata Notarial como meio eficaz de conferir maior credibilidade a provas pouco palpáveis, pois pode constatar a realidade ou verdade de um fato através do notário. Importante também a possibilidade de busca e solicitação de informações públicas à sua respectiva instituição, cabendo ainda a indicação pelo depoimento do colaborador do caminho à comprovação dos fatos relatados, caso inexistam tais documentos.

O advogado deve certificar-se de que os fatos relatados por seu cliente, bem como as documentações eventualmente apresentadas, tenham contexto inédito perante a investigação criminal. Dessa forma, o que se deve buscar é a maior eficácia possível do colaborador, pois caso o investigado limite-se a comprovar fatos já descobertos, não logrará êxito o acordo.

A investigação criminal passará, assim, a atingir agentes fora do perímetro de conhecimento das autoridades, dando luz a atos cometidos e até então desconhecidos, impulsionando a continuidade da ação investigatória.

A importância dessa congruência se dá, pois caberá ao representante do Ministério Público avaliar, em tom conclusivo, se as declarações do colaborador consubstanciam-se em alguma das possibilidades elencadas no art.4º da Lei das Organizações Criminosas.

---

<sup>20</sup> Art. 4º, § 16 da Lei 12.850/13: “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”.

Assim, é de grande valia para o êxito do referido acordo que haja a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas, bem como que seja revelada a estrutura hierárquica e da divisão de tarefas do grupo. Além disso, a delação terá maior chance de ser bem sucedida se possibilitar a prevenção de infrações penais que pudessem vir a se concretizar, ou até mesmo a recuperação total ou parcial do proveito das mesmas.

Ao final, parte-se para a elaboração do Termo de Acordo de Colaboração Premiada, sob a responsabilidade do representante do Ministério Público, no qual será registrado o benefício expresso a ser concedido ao colaborador. Dentre as possibilidades previstas na Lei que dispõe sobre as Organizações Criminosas, o Ministério Público poderá conceder a imunidade penal, o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos ou, ainda, se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

A investigação defensiva tem sua importância, portanto, na possibilidade de o colaborador, diretamente com seu advogado, reunir os elementos de convicção que lhe sejam favoráveis na fase de investigação penal do delito. O que configura, além de claro avanço do direito de defesa do imputado e do próprio sistema de investigação criminal, uma importante forma de buscar maior equilíbrio em relação aos poderes investigatórios do Ministério Público e, assim, atingir a paridade de armas no processo penal.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Investigação Defensiva e sua importante contribuição para a busca efetiva pela paridade de armas no processo criminal, bem como em vista da prevalência das demais garantias constitucionais asseguradas ao alvo da persecução penal do Estado tem exigência prática imediata no contexto da advocacia brasileira.

O desequilíbrio entre órgão acusador e defensoria privada é uma realidade indiscutível que vai contra um dos principais pilares assegurados constitucionalmente ao investigado, qual seja o devido processo legal e o direito ao contraditório.

Através da realização de diligências, investigações e demais atividades é que se buscará a comprovação do ilícito para, assim, punir o autor de um delito. Trata-se, portanto de viabilizar a defesa atuação ativa investigativa com fim de angariar elementos congruentes e aptos a produzir um arcabouço robusto probatório e enaltecer suas teses, além de ter a possibilidade de obstar a propositura de eventual Ação Penal. Além disso, poupa-se o manejo da máquina estatal sem razões concretas e suficientes para tanto, bem como impede a exposição do investigado a maiores especulações quando possível demonstrar sua inocência ainda em fase pré-processual.

Inexistindo até o presente momento instrumento que regule ou assegure a prática da investigação defensiva pelo advogado, esta pesquisa buscou analisar os diversos aspectos por ela demandados, desde o seu embasamento principiológico e sua circunscrição normativa, até nuances práticas e suas técnicas específicas. Para tanto foram examinadas diversas normativas esparsas que, de alguma maneira, contribuem em algum aspecto da atuação do advogado em sua atividade investigativa.

Dentre elas a Lei 13.432 de 2017 que regulamenta a profissão dos Detetives Particulares e viabiliza coleta de informações e possíveis álibis ao investigado, a Lei 13.245 de 2016 que prevê nova prerrogativa aos advogados, garantindo sua atuação em ocasião do inquérito policial e trazendo, ainda que timidamente, essência acusatória inerente à investigação defensiva.

Temerosamente também é projeto do novo Código de Processo Penal que se iniciou a partir do projeto de Lei nº156/2009 com origem no Senado Federal, sob



autoria de José Sarney, encaminhado à Câmara dos Deputados sob o nº 8.045/2010, trazendo alterações que ensejam a prevalência do sistema acusatório em detrimento do inquisitivo e, reflexamente, a possibilidade de maior atuação da defesa.

Considerando, no entanto, a possibilidade premente de regulamentação da investigação defensiva pela minuta de provimento submetida ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, já em vias de ser votado em sessão do pleno, a presente pesquisa debruçou-se minuciosamente sobre seus artigos, analisando-o e delimitando suas repercussões práticas possíveis.

Ao se considerar, portanto, que a atuação efetiva do advogado na área investigativa carece de normativa apta a dar-lhe respaldo e resguardar o seu labor nos aspectos éticos e jurídicos, buscou-se aqui incitar as diretrizes de um possível modelo de desempenho prático.

Assim, a partir do levantamento de provas, bem como da coleta de depoimentos de testemunhas, solicitação de informações públicas às respectivas instituições e uso de instrumentos como Ata Notarial ou recursos de peritos e detetives particulares, poderá o advogado, de fato, fazer emergir o sistema acusatório no processo penal e, ainda, fortalecer sua atuação enquanto defesa em ocasião dos acordos de Colaboração Premiada.

Isso, pois o melhor desfecho para o colaborador não ocorrerá permitindo-se a atuação exclusiva e unilateral do Ministério Público nos termos de elaboração do mesmo sendo de grande valia, portanto, o uso das técnicas e da postura ativa na coleta de dados e no levantamento de provas robustas da Organização Criminosa visando alcançar a melhor negociação e, por consequência, o remate positivo de sua defesa.

Considerando ainda as tantas outras possibilidades de aprofundamento do aspecto investigativo pela advocacia criminal, tais como a viabilidade de reparação cível e seu caráter colaborativo em face da pessoa jurídica, bem como a premente expansão de atuação à defesa privada é que a presente pesquisa pretende expandir-se.

Dessa forma, demonstrou-se de que maneira o uso das técnicas específicas de investigação defensiva pelo advogado, seja em casos comuns, seja em ocasião do acordo de Colaboração Premiada, podem buscar o fim precípua do processo

penal para aquele que sofre perseguição do Estado: o devido processo legal e a paridade de armas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. O juiz das Garantias na Interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, nº 40, fev. 2011. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao040/Mauro\\_andrade.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao040/Mauro_andrade.html)>. Acesso em 16 abr. 2018.

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.

BALDAN, Edson Luis; AZEVEDO, André Boiani e. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva. (ou do direito de defender-se provando). **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1013, 10 abr. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8220>>. Acesso em: 7 maio 2018.

BALDAN, Edson Luís; DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega; QUEIJO, Maria Elizabeth. Investigação Defensiva. In **MESAS DE ESTUDOS E DEBATES**, IBCCrim, São Paulo, 2018. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/tvibccrim\\_video/875-Mesas-de-Estudos-e-Debates-Investigacao-Defensiva](https://www.ibccrim.org.br/tvibccrim_video/875-Mesas-de-Estudos-e-Debates-Investigacao-Defensiva)>. Acesso em: 12 abr. 2018.

BLOGDOBG.**AMARN emite nota de esclarecimento sobre atos processuais praticados no Auto de Prisão em Flagrante**. Disponível em: <<https://www.blogdobg.com.br/amarn-emite-nota-de-esclarecimento-sobre-atos-processuais-praticados-no-auto-de-prisao-em-flagrante/>>. Acesso em: 26 maio. 2018.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Delação premiada exige regulamentação mais clara**. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-nov-13/direito-defesa-delacao-premiada-exige-regulamentacao-clara>>. Acesso em 21 mar. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.432, de 11 de abril de 2017. **Lei do Detetive Particular**. Brasília, DF, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13432.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13432.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução 181**. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Brasília, DF, Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasil, DF, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016. **Altera o Estatuto da OAB**. Brasília, DF, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13245.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13245.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 8.045**, de 22 de dezembro de 2010. Brasília, DF, Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=ED9A976137449630EA0F3FBF4F6FCAAF.proposicoesWebExterno2?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=ED9A976137449630EA0F3FBF4F6FCAAF.proposicoesWebExterno2?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010)>. Acesso em: 15 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. **Estatuto da Advocacia**. Brasília, DF, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 05 maio. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 26 março 2018.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Breves apontamentos sobre a lei 13.432, de 11 de abril de 2017, que trata do detetive particular**. 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI257803,31047-Breves+apontamentos+sobre+a+lei+13432+de+11+de+abril+de+2017+que>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

DA ROSA, Alexandre Moraes. **Como inverter a linearidade acusatória: o plot point na interação narrativa**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-17/limite-penal-inverter-linearidade-acusatoria-plot-point-interacao-narrativa>>. Acesso em: 02 set. 2017.

DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal**. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-10/gabriel-bulhoes-investigacao-defensiva-paridade-armas>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Luigi Ferrajoli; prefácio da 1ª ed. italiana, Norberto Bobbio. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GARAPON, Antoine. **O Bem Julgar: Ensaio sobre o ritual judiciário**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol.1, n.1, p.143-165, 2015.

LEMOS JR, Arthur **Ponto de. Colaboração (delação) premiada: passo a passo.** 2016. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/colaboracao-delacao-premiada-passo-a-passo/16399>>. Acesso em 03 fev. 2018.

LOPES JR., Aury. A crise do inquérito policial: breve análise dos sistemas de investigação preliminar no processo penal. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, a.26, n°78, jun. 2000, p.65.

\_\_\_\_\_. A opacidade em torno do Promotor Investigador (mudem os inquisidores, mas a fogueira continuará acesa). **Boletim IBCCrim**, Rio de Janeiro, a.12, n°188, jul.2008, p.10.

MACHADO, Leonardo Marcondes. **Delação premiada e investigação defensiva: levando o devido processo legal a sério.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-13/academia-policia-delacao-investigacao-defensiva-levando-processo-legal-serio>>. Acesso em 20 fev. 2018.

MORAES, Maurício Zanoide de. Quem tem medo do Juiz das Garantias. In: **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v.18, 213, ed.esp., p. 21-23, ago. 2010.

PEREIRA, Jeferson Botelho. **A novíssima lei nº 13.432/2017 e os limites de atuação do detetive particular.** 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/57069/a-novissima-lei-n-13-432-2017-e-os-limites-de-atuacao-do-detetive-particular>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

PITOMBO, Antonio Sérgio Altieri de Moraes. **Juiz é fiscal dos atos do MP, e não defensor deles.** 2009. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-dez-29/juiz-criminal-fiscal-atos-acusatorios-nao-defensor-deles>>. Acesso em 11 fev. 2018.

PLETSCH, Natalie Ribeiro. **Formação da prova no jogo processual penal: o atuar dos sujeitos e a construção da sentença.** São Paulo: IBCCRIM, 2007.

SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 25ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O Código, cautelares e o juiz das garantias. **Revista de Informação Legislativa**, v.46, n.183, jul-set. 2009, p.88-89.

ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. **Delegado de polícia em ação.** Salvador: JusPodivm, 2014.

**ANEXO A - MINUTA DE PROVIMENTO CFOAB REGULAMENTANDO A  
INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA**

Provimento Nº XXX-2017

(Dia da semana), (dia mês e ano) às (hora)

O CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo art. 54, V, da Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994 - Estatuto da Advocacia e da OAB, levando em conta o que foi decidido nos autos da Proposição n. (XXXXX), e

CONSIDERANDO que a Constituição Federal assegura os princípios da igualdade, do contraditório, do devido processo legal e da ampla defesa;

CONSIDERANDO que 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;

CONSIDERANDO que a lógica acusatória trazida pela Constituição Federal 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;

CONSIDERANDO que a atividade advocatícia, embora desempenhe relevante função pública, sendo considerada pela Constituição Federal como “função essencial à Justiça”, atua na esfera da defesa dos interesses privados, o que torna permitida a atuação do advogado em tudo quanto não for expressamente proibido em Lei;

CONSIDERANDO que a atuação do advogado deverá ser pautada pelo máximo respeito às normas legais e constitucionais vigentes no ordenamento jurídico brasileiro;

CONSIDERANDO que os atos de apuração possibilitados ao advogado, adiante denominados de Investigação Defensiva, devem ser recomendáveis ao resguardo dos bens jurídicos mais valiosos os quais estão sempre em evidência a partir de querelas criminais; mas, que também tais atos podem ser úteis à otimização do desempenho de diversos setores da advocacia; e

CONSIDERANDO a necessidade de regulamentar no âmbito CFOAB, a instauração e tramitação do Inquérito Defensivo; e

CONSIDERANDO que o Inquérito Defensivo 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 implementadas pelo Advogado no curso da sua livre atuação profissional;

RESOLVE:

## TÍTULO I DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

Art. 1º. Fica autorizada a instauração de Inquéritos Defensivos no âmbito da advocacia brasileira, nos termos do presente Provimento.

§1º. O Inquérito Defensivo 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 implementadas pelo Advogado no curso da sua livre atuação profissional, restando autorizadas as demais formas possíveis de implementação da Investigação Defensiva.

§2º. Ficam igualmente autorizadas, nas disposições aplicáveis deste Provimento, outras formas de Investigação Privada a pedido de interessado jurídico, à exemplo das medidas e diligências implementadas por programas de conformidade e

demandas por diligências prévias.

Art. 2º. A Investigação Defensiva deverá ser pautada pelo respeito absoluto às regras e princípios constitucionais, assim como aos comandos legais, em especial ao Estatuto Geral da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, além do Código de Ética e Disciplina da OAB e ainda do Regulamento Geral da Advocacia.

Parágrafo Único. O advogado deverá estar permanentemente vigilante para as atividades e diligências da Investigação Defensiva observarem o respeito à intimidade, à vida privada, à honra alheia, à inviolabilidade de domicílio, das comunicações telefônicas e/ou telemáticas, assim como ao sigilo bancário e fiscal.

Art. 3º. O advogado, no desempenho da Investigação Defensiva, deverá agir sempre com ética, técnica, honestidade, discrição, zelo e apreço pela verdade.

Art. 4º. A Investigação Defensiva pode ser realizada em qualquer âmbito da advocacia.

Parágrafo Único. Em razão do valor dos bens jurídicos tutelados diante de Ações Penais, entende-se a Investigação Defensiva, sempre que possível e adequado ao caso concreto, deva ser levada adiante para o bom desempenho do mister profissional do Defensor.

Art. 5º. A Investigação Defensiva é realizada por conta própria ou através de profissionais habilitados e contratados para tal finalidade, executando uma coleta de dados e informações de natureza não-criminal de forma planejada, com conhecimento técnico e utilizando recursos e meios tecnológicos permitidos, visando ao esclarecimento de assuntos de interesse privado do constituinte.

§1º. Em caso de obtenção de indícios e/ou provas da prática de infrações penais por parte de terceiros, o advogado deverá comunicar dentro de prazo razoável à autoridade competente para a investigação e/ou persecução penal de tais delitos.



§2º. A Investigação Defensiva não se confunde com a função de polícia judiciária, pois enquanto esta visa apurar a prática de infrações criminais, aquela somente intenta obter informações no sentido fortalecer a Defesa, podendo eventualmente contribuir com a apuração policial e/ou ministerial.

§3º. As atividades desempenhadas no desenvolvimento da Investigação Defensiva não se confundem com qualquer atividade pública, não havendo necessidade de autorização legal expressa para o seu exercício, tendo em vista que se insere na lógica do desempenho profissional e na busca pelo resguardo de interesses privados.

Art. 6º. A Investigação Defensiva pode ser realizada a qualquer tempo, desde que solicitada pelo constituinte ou sugerida como técnica de Defesa pelo advogado.

§1º. 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 das atividades e diligências no bojo da atuação profissional do advogado.

§2º. A Investigação Defensiva pode colaborar com investigação policial concluída e inquérito pendente de análise ministerial, ou ainda em procedimentos investigatórios conduzidos diretamente pelo órgão ministerial, cujo aceite da colaboração ficará a critério do promotor de justiça encarregado, que poderá admiti-la ou rejeitá-la a qualquer tempo, o que não obsta o prosseguimento das atividades e diligências no bojo da atuação profissional do advogado.

§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.

Art. 7º. Ao advogado é vedada a aceitação de causas cujas diligências e medidas a serem tomadas em sede de Investigação Defensiva contribua para a prática de infração penal e/ou ética.

Art.8º. O advogado poderá requerer à Autoridade Judiciária, fundamentadamente, quaisquer medidas que resultem em afastamento de garantias constitucionais e legais, desde que justificadas segundo os critérios da:

- I – Necessidade;
- II – Adequação; e
- III – Proporcionalidade *stricto sensu*;

Parágrafo Único. Tais requerimentos podem abarcar, mas sem se limitar a:

- I – afastamento de sigilo telefônico, fiscal, bancário e/ou telemático;
- II – triangularização de Estações de Rádio-Base;
- III – expedição de Mandado de Busca e Apreensão;
- IV – expedição de Mandado de Prisão Temporária para garantir a eficácia de qualquer dessas outras diligências;
- V – requisição de documentos e/ou informações de entidades privadas, inclusive de natureza cadastral;ou
- VI – qualquer outra medida que implique afastamento de garantia constitucional e/ou legal, desde que estritamente necessário e adequado ao caso concreto, sempre devendo se analisar o custo da medida em detrimento do resultado a ser alcançado.

Parágrafo Único. Fica assegurado ao advogado condutor o acompanhamento da diligência resultante do deferimento de requerimentos feitos à Autoridade Judiciária.

Art. 9º. Para análise dos requerimentos formulados pelo advogado com base no artigo anterior, sempre deverá ser ofertado parecer escrito pelo membro competente do Ministério Público.

Art.10. 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, de 11 de abril de 2017.

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.

Art.11. Não há duração máxima fixada para a Investigação Defensiva, devendo ela perdurar enquanto houver necessidade de resguardo dos interesses processuais e/ou legais do constituinte.

Parágrafo Único. A Investigação Defensiva pode ser desenvolvida em qualquer fase procedimento ou grau de jurisdição, ou ainda em caráter meramente preventivo, diante da possibilidade de eventual necessidade futura para defesa dos interesses do constituinte.

## TÍTULO II DO INQUÉRITO DEFENSIVO

### CAPÍTULO I DA INSTAURAÇÃO

Art. 12. O Inquérito Defensivo deverá ser formalizado através de Portaria lavrada pelo próprio advogado, a qual deve conter, no mínimo:

- I – A qualificação completa do constituinte;
- II – A qualificação completa da pessoa física ou jurídica a quem o fato é atribuído, se for o caso;
- III – A data, a hora e o local em que o advogado resolveu instaurar o Inquérito Defensivo;
- IV – A causa, com toda a descrição possível;
- IV – As medidas que se almeja tomar inicialmente; e
- V – O nome completo, endereço profissional e número de registro profissional na

OAB do advogado instaurador.

Art.13. Após a instauração do Inquérito Defensivo, deverá o mesmo ser autuado em caderno em capa própria e numeração única de folhas.

Parágrafo Único. O Inquérito Defensivo será instaurado por Portaria, numerada em ordem crescente, renovada anualmente, devidamente registrada em livro próprio e autuada.

## CAPÍTULO II DA CAPA

Art. 14. A capa do Inquérito Defensivo deverá ser feita imediatamente após a sua instauração, seguindo o padrão fornecido pela OAB ou contendo, no mínimo:

- I – Área da advocacia da respectiva causa, a exemplo de “Criminal”, “Trabalhista”, “Tributarista”, “Civilista”, “Previdenciaria” ou qualquer outra;
- II – A cidade onde fica a sede do escritório contratado;
- III – A numeração única dos Inquéritos Defensivos em trâmite no escritório profissional e/ou na própria Seccional da OAB;
- IV – A identificação profissional completa, abarcando nome completo, endereço e número de registro profissional junto a OAB;
- V – A data de instauração do Inquérito Defensivo, devendo apresentar, pelo menos, o mês e o ano de instauração.

Parágrafo único. O Ato de Instauração será sempre autuado como “folha 01”.

## CAPÍTULO III DA AUTUAÇÃO E DOS ATOS ORDINATÓRIOS

Art. 15. A realização de todos os atos da Investigação Defensiva deve possuir resultado documental, espontâneo ou a partir da redução à termo, devendo todos eles serem autuados e suas folhas numeradas imediatamente após as conclusões

das respectivas diligências.

Art.16. 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 Termo/Autos Circunstanciados.

§1º. Todas as diligências já realizadas, pelo próprio advogado ou por profissionais contratados para tais fins, devem ser apresentadas em forma de Relatório, devendo seguir em anexo todos os documentos, filmagens, fotos, objetos entre outros que possam comprovar a legalidade e legitimidade das medidas tomadas e das conclusões apresentadas.

§2º. Todas as diligências a serem realizadas por profissionais externos contratados especialmente para estas finalidades devem sempre ser precedidas pela formalização e registro, com posterior autuação e numeração, de Ordem de Serviço a qual discrimine, no mínimo:

- I – a numeração única daquela Ordem de Serviço no bojo do respectivo Inquérito Defensivo; II – a descrição do objeto da diligência a ser realizada;
- II – 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;
- III – o prazo para a finalização da diligência e apresentação de relatório pormenorizado dos meios utilizados e resultados obtidos; e
- IV – as recomendações expressas no sentido de assegurar a legalidade e constitucionalidade da diligência, em especial nos direitos e garantias de terceiros.

§3º. 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, devidamente numeradas em ordem crescente.

§4º. Todas as diligências serão documentadas mediante termo ou auto

circunstanciado.

### TÍTULO III DAS TÉCNICAS DE INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

#### CAPÍTULO I DA BUSCA POR INFORMAÇÕES PÚBLICAS

Art.17. O advogado, por ato próprio ou delegado, poderá realizar pesquisa pública em todos os sítios virtuais localizados na rede internet, em especial a consulta em perfis e páginas públicas das diversas redes sociais hoje utilizadas.

§1º. Tais provas deverão ser juntadas ao Inquérito Defensivo em anexo a um relatório apresentado como resultado da diligência.

§2º. Em razão da dificuldade de assegurar autenticidade a este tipo de prova, deverá o advogado, sempre que possível, registrar em Ata Notarial tudo o que apurado e relevante for para os interesses do constituinte.

Art. 18. Deverá o advogado juntar ao Inquérito Defensivo todas as certidões públicas disponibilizadas pelo Estado e que possam interessar à Investigação Defensiva, fornecidas em meios físicos e/ou virtuais, através de qualquer órgão e/ou poderes constituídos, em especial:

- I – Dos diversos Tribunais de Justiça estaduais e Tribunais Regionais Federais; II – Da Justiça Eleitoral;
- II – Da Receita Federal; IV – Das forças militares; e
- III – Do Banco Nacional de Mandados de Prisão.

#### CAPÍTULO II DA REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES

Art. 19. É permitido ao advogado, no bojo do Inquérito Defensivo, requisitar

informações diversas às Instituições Públicas ou que exerçam funções públicas, no interesse da Defesa.

§1º. Todas as informações e documentos obtidos pelo advogado no âmbito da Investigação Defensiva deverão respeitar as regras do sigilo profissional e das garantias constitucionais e legais, sob pena de responsabilização cível, administrativa e/ou criminal.

§2º. O advogado, no bojo do Inquérito Defensivo, terá acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública.

Art. 20. As requisições de informações deverão ser solicitadas através de Ofício ou outro documento formalizado.

§1º. O Ofício ou congênere 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 congênere deverá conter, no mínimo: I – a data de envio;

I – nome completo do advogado requisitante; III – endereço profissional;

II – número de inscrição na Seccional da OAB do advogado requisitante;

III – objeto da requisição, contendo a delimitação da informação e/ou documentos os quais se almeja acesso;

IV – as razões que fundamentam a requisição, incluindo a referência ao respectivo Inquérito Defensivo, seu objeto e seara jurídica; e

V – 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.

Art. 21. É permitido ao advogado, no curso do Inquérito Defensivo, solicitar, fundamentadamente, filmagens em câmeras de vigilâncias públicas e/ou privadas.

Parágrafo Único. A solicitação deverá conter os requisitos elencados no Art. 20, §2º, deste Provimento.

### CAPÍTULO III DA INTIMAÇÃO E OITIVA DE TESTEMUNHAS

Art. 22. É permitido ao advogado intimar formalmente testemunhas favoráveis ou não à Defesa.

Parágrafo Único. A intimação deverá conter os requisitos elencados no Art. 20, §2º, deste Provimento, salvo se a testemunha quiser se apresentar espontaneamente.

Art. 23. O ato de oitiva das testemunhas deverá ser realizado no espaço do escritório de advocacia do advogado que conduz o Inquérito Defensivo ou em ambiente condigno com a profissão.

Art. 24. O ato será integralmente gravado e o resultado será integralmente compilado em registro áudio visual que deverá integrar o Inquérito Defensivo em qualquer suporte de mídia digital.

Parágrafo Único. 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.

Art. 25. O advogado condutor do Inquérito Defensivo deverá presidir o ato para oitiva da testemunha, devendo:

- I – Qualificar a testemunha, com seu nome completo, profissão, endereço, naturalidade e data de nascimento;
- II – Tomar o compromisso legal da testemunha em dizer a verdade sob as penas do falso testemunho (Art. 342, Código Penal);
- III – Registrar o relato da testemunha que possa ser relevante à Investigação



Defensiva.

Parágrafo Único. Será fornecida comprovação escrita de comparecimento, caso aja interesse da testemunha.

Art. 26. Após a finalização da oitiva, deverá o advogado testar a mídia para verificar a prestabilidade da gravação e reduzir à termo todos os fatos relevantes do ato.

Parágrafo Único. O Termo de Oitiva e a mídia digital contendo o registro audiovisual do depoimento deverão ser imediatamente juntados ao Inquérito Defensivo, com autuação e numeração.

#### CAPÍTULO IV DA REALIZAÇÃO DE PERÍCIAS

Art. 27. É facultado ao advogado realizar qualquer tipo de perícia disponível pelo arcabouço científico contemporâneo, de forma autônoma ou complementar, através de profissional técnico habilitado em seu respectivo conselho profissional.

§1º. Deverá o advogado se assegurar da idoneidade do profissional, assim como sua regularidade junto ao seu conselho de classe.

§2º. O perito será pessoa idônea, portadora de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiver em habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.

§3º. O Laudo pericial será elaborado no prazo máximo de 10 dias, podendo este prazo ser prorrogado, em casos excepcionais, a requerimento dos peritos.

Art. 28. O perito, profissional contratado exclusivamente para tal fim, deverá realizar o registro e a formalização de todos os métodos periciais utilizados, assim como deverá apresentar um relatório pormenorizado ao final com as conclusões aos quesitos formulados.

Art. 29. A atuação do perito dentro da Investigação Defensiva pode ser classificada em:

I – atuação enquanto assistente técnico após a conclusão das perícias oficiais (Art.159,§3º, Código de Processo Penal);

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.

Art. 30. O rol de possibilidades periciais abrange, mas sem se resumir, as seguintes:

I – Perícias físicas, à exemplo da reconstituição de velocidade em crimes de trânsito;

II – Perícias químicas, à exemplo da indicação de quesitos específicos na produção do laudo toxicológico acerca da substância apreendida em crimes relacionados às drogas;

III – Perícias físico-químicas, à exemplo da aplicação de luminol em cenas de crimes para a identificação de manchas e/ou vestígios de sangue;ou

IV – Perícias eletrônicas, à exemplo da perícia técnica para exploração de arquivos em determinado aparelho celular ou outro eletrônico.

## CAPÍTULO V DA ATUAÇÃO DO DETETIVE PARTICULAR

Art. 31. É aconselhável ao advogado que conduz o Inquérito Defensivo, 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, de 11 de abril de 2017.

Art. 32. 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;

V – de interesse privado, mesmo que se possa vislumbrar indício ou prova de cometimento de infração penal, cabendo-lhe, nesse caso, comunicar imediatamente ao advogado condutor do Inquérito Defensivo, o qual, por sua vez, deverá comunicar à Autoridade competente para investigação ou persecução criminal, em prazo razoável.

Parágrafo Único. Na hipótese do inciso VI, se a infração penal estiver sendo cometida, ou na iminência de sê-lo, ou ainda se for de natureza permanente, colocando em risco a incolumidade física de pessoa, o advogado condutor do Inquérito Defensivo deverá comunicar imediatamente à Autoridade competente para investigação e/ou persecução criminal.

Art. 33. Para o exercício da profissão de Detetive Particular no âmbito da Investigação Defensiva, exige-se do profissional a comprovação dos seguintes requisitos:

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;

V – possuir bons antecedentes criminais.

Art. 34. Ao final de cada diligência deverá o Detetive Particular elaborar relatório sucinto das atividades desempenhadas e resultados obtidos.

Art. 35. Ao final da demanda ou findo o prazo pactuado para a execução dos

serviços profissionais, o Detetive Particular entregará ao advogado condutor, mediante recibo, relatório circunstanciado sobre os dados e informações coletados, que conterá:

- I – os procedimentos técnicos adotados;
- II – a conclusão em face do resultado dos trabalhos executados e, se for o caso, a indicação das providências legais a adotar;
- III – data, identificação completa do Detetive Particular e sua assinatura.

#### TÍTULO IV DAS INSPEÇÕES E VISTORIAS

Art. 36. Pode o advogado efetuar vistorias em coisas ou inspeções em lugares públicos ou privados, salvo aqueles abrangidos pela expressão “domicílio”.

Parágrafo Único. Caso não aja aceitação voluntária por parte do proprietário/possuidor da coisa e/ou local, deverá ser requerida autorização à Autoridade Judiciária nos termos do Art. 8º deste Provimento.

#### TÍTULO IV DO RELATÓRIO DE CONCLUSÃO

Art.37. Ao término da Investigação Defensiva, deverá o advogado condutor 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.

Parágrafo Único. O Relatório de Conclusão do Inquérito Defensivo deverá conter, no mínimo, os requisitos esposados nos incisos do Art. 35 deste Provimento.

#### TÍTULO V DISPOSITIVOS GERAIS

Art. 38. São deveres do advogado condutor do Inquérito Defensivo:

- I – preservar o sigilo das fontes de informação;
- II – respeitar o direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem das pessoas;
- III – exercer a atividade com zelo e probidade;
- IV – defender, com isenção, os direitos e as prerrogativas profissionais, zelando pela própria reputação e a da classe;
- V – zelar pela conservação e proteção de documentos, objetos, dados ou informações que lhe forem confiados pelo constituinte ou em defesa dos seus interesses;
- VI – restituir, íntegro, ao constituinte, findo o contrato ou a pedido, documento ou objeto que lhe tenha sido confiado;
- VII – prestar contas ao constituinte.

Art. 39. Revogam-se todas as disposições em contrário em Provimentos e Resoluções do Conselho Federal da OAB.

Art. 40. Este Provimento entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília/DF, 27 de setembro de 2017.

CLAUDIO LAMACHIA, Presidente do Conselho

GABRIEL BULHÕES NÓBREGA DIAS, Relator (DOUOU, S.X, XX.XX.2017, p.xxx)