

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA**  
**FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”**

**PAULO CESAR MARQUES JUNIOR**

**INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: ESTUDO SOBRE O**  
**INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA AMPLA DEFESA**

**UBERLÂNDIA**

**2023**

PAULO CESAR MARQUES JUNIOR<sup>1</sup>

**INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: ESTUDO SOBRE O  
INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA AMPLA DEFESA**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado à Faculdade de Direito “Prof.  
Jacy de Assis” da Universidade Federal  
de Uberlândia, como cumprimento do  
componente curricular TCC2

Orientadora: Prof.<sup>a</sup>. Dr.<sup>a</sup> Simone Silva  
Prudêncio

UBERLÂNDIA

2023

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Email: paulomarqq113@gmail.com

## **Agradecimentos**

Agradeço a Jesus Cristo, um dos maiores educadores da história, que me ensinou a importância da verdadeira inteligência e humildade.

Aos meus pais, Paulo e Patrícia, pois não teria chegado até aqui sem os seus inúmeros esforços na minha formação e de meus irmãos.

A minha namorada, Barbara, por ser o meu porto seguro e fonte de apoio, carinho e amor. Sem você eu não teria chegado até aqui.

Aos meus irmãos, Adriano e Gabriela, avós, tios e tias, primos e todos os familiares e amigos, que foram e são essenciais na minha jornada de vida.

Aos amigos que a faculdade me proporcionou, especialmente ao Santhiago e ao Victor, que estiveram juntos na busca desses sonhos.

A professora Simone Silva Prudêncio, por todo o auxílio e atenção na produção do presente trabalho.

## **RESUMO**

O presente trabalho visa estudar o instrumento processual penal denominado de “investigação criminal defensiva”. Para isso, a pesquisa foi subdividida em duas linhas, a primeira analisa os principais fundamentos teóricos do mecanismo, enquanto a segunda examina os seus aspectos práticos, buscando demonstrar a importância da utilização estratégica desse procedimento para a efetivação das garantias da ampla defesa e do contraditório, respeitando os limites constitucionais, legais e éticos.

**PALAVRAS-CHAVE:** investigação criminal defensiva; ampla defesa; diligências; direito processual penal.

## **ABSTRACT**

The present work aims to study the criminal procedural instrument called “defensive criminal investigation”. To this end, the research was subdivided into two lines, the first analyzes the main theoretical foundations of the mechanism, while the second studies the practical aspects, aiming to demonstrate the importance of the strategic use of this procedure to implement the guarantees of broad defense and contradictory, since that respecting constitutional, legal and ethical limits.

**KEYWORDS:** defensive criminal investigation; broad defense; diligence; criminal procedural law.

## SUMÁRIO

1. Introdução.....	6
2. Fundamentos Teóricos.....	7
2.1 Conceito.....	7
2.2 Base constitucional e infraconstitucional .....	8
2.3 A ausência de norma legal específica sobre o instrumento e o provimento n. 188/2018 do Conselho Federal da OAB.....	14
2.4. Finalidades da Investigação Criminal Defensiva .....	17
2.5 O valor probatório da investigação criminal defensiva .....	19
3. Aspectos práticos.....	22
3.1 A ausência de prerrogativas oficiais ao defensor e alternativas a serem adotadas.....	22
3.2 A aplicabilidade das características da investigação oficial à investigação criminal defensiva.....	24
3.3 A estrutura formal da investigação criminal defensiva .....	28
3.4 Instrumentos válidos para a investigação defensiva.....	29
3.4.1 Colaboração de profissionais de outras áreas .....	29
3.4.2 Atas notariais .....	31
4. Conclusão .....	32
5. Referências Bibliográficas.....	33

## 1. Introdução

O mercado de trabalho no universo jurídico é cada vez mais qualificado e preparado para a atuação, seja na iniciativa privada ou pública. Por um lado, os concursos públicos para carreiras como Juiz de Direito, Promotor de Justiça, Delegado de Polícia e Defensor Público exigem dos candidatos um conhecimento profundo acerca do direito e das demais áreas do conhecimento. Por outro ângulo, os profissionais da advocacia privada buscam se especializar progressivamente, a fim de garantir a melhor tutela dos direitos do cliente, em juízo ou extrajudicialmente.

Nesse contexto, a atuação defensiva meramente passiva não é mais aceita, no sentido de somente assistir a atividade estatal e contradita-la de modo genérico e apático. Pelo contrário, é fundamental que o defensor haja de forma enérgica, técnica e estratégica, visando garantir ao cliente a aplicação do direito na justa medida que lhe cabe.

Dessa forma, a investigação criminal defensiva surge como um importante aliado do defensor na busca da verdade dos fatos, na proteção dos direitos do cliente ou assistido e na possibilidade da oferta de um trabalho jurídico de maior qualidade. De fato, a temática ganha cada vez mais os palcos de discussões acadêmicas e jurisprudenciais, sendo relevante o estudo acerca de seus principais fundamentos teóricos e práticos.

Diante disso, o presente trabalho pretende realizar um exame sobre esse instrumento de extrema relevância para a proteção de garantias constitucionais, sendo dividido em duas vertentes de análise, a primeira no tocante aos fundamentos teóricos que permeiam essa atividade investigativa por parte do defensor e a segunda apura a utilização prática desse procedimento, tanto no sentido de uma estruturação da investigação, como referente às possíveis dificuldades que serão enfrentadas pela defesa na condução das diligências.

Logo, após a análise do presente artigo, o leitor terá conhecimento de aspectos relevantes para a condução da investigação criminal defensiva, o que permitirá a continuidade das discussões referentes a essa importante temática de direito processual penal, contribuindo para a evolução doutrinária do procedimento.

## 2. Fundamentos Teóricos

O presente tópico terá foco na exposição das noções teóricas fundamentais em relação ao procedimento da investigação criminal defensiva, apresentando desde o conceito e bases normativas do mecanismo até o seu valor probatório diante de uma investigação ou processo oficial.

### 2.1 Conceito

A etimologia da palavra “investigar” tem origem do Latim, “*investigare*”, e segundo o dicionário “Folha de São Paulo/Aurélio” (1988, p. 369) o termo deve ser entendido como: “1. Seguir os vestígios de. 2. Fazer diligências para achar; pesquisar, indagar, inquirir. 3. Examinar com atenção; esquadrinhar”.

Diante disso, percebe-se que a tarefa de investigar busca a realização de atividades que visam a descoberta de elementos que contribuam para o esclarecimento de um fato, no presente caso, supostamente criminoso. Ou seja, introduzindo a palavra no mundo do processo penal, pode-se dizer que se refere ao conjunto de provas colhidas acerca da materialidade e autoria de um suposto fato delituoso, visando a maior proximidade com a verdade processual.

Nesse contexto, apesar da Constituição Federal de 1988 atribuir à Polícia Federal e às Polícias Cíveis dos estados as funções principais de polícia judiciária, ou seja, o dever de apuração das possíveis infrações penais ocorridas (nos termos do art. 144, §1º e §4º, da CRFB/88), não há vedação constitucional no sentido de proibição do defensor, público ou privado, colher elementos de prova que possam embasar a defesa dos interesses de seu assistido ou cliente, desde que respeitando os limites impostos pelo ordenamento jurídico.

Ora, corretamente o legislador originário seguiu a lógica constitucional e optou por não retirar essa atuação por parte do defensor, uma vez que, ao positivizar como garantia constitucional aos litigantes a ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LV, da CRFB/88), torna-se necessário que o investigado ou acusado possua os meios legais para que exerça a sua defesa da maneira mais profunda possível.

Dessa forma, o Provimento n. 188/2018, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que regulamenta o exercício do profissional da advocacia de promover diligências investigatórias para a defesa em processos judiciais e

administrativos, conceitua a investigação criminal defensiva no art. 1º, da seguinte maneira:

Art. 1º Compreende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte.

Portanto, o ato regulamentar expedido pelo Conselho Federal da OAB aponta como atividade privativa do advogado, conceito que se estende aos defensores públicos, a produção dos elementos investigativos necessários para a plena defesa do constituinte ou assistido, permitindo inclusive, de modo assimilado aos inquéritos policiais e investigações conduzidas pelo Ministério Público, que o profissional da advocacia conte com o auxílio de profissionais técnicos de outras áreas do conhecimento científico, desde que legalmente habilitados.

Finalmente, vale salientar que o referido dispositivo ainda prevê que a investigação criminal defensiva poderá ser instaurada e conduzida durante qualquer fase da persecução penal, não havendo uma delimitação temporal, frisando que os trabalhos devem ser dirigidos de modo lícito, ou seja, observando os preceitos constitucionais e infraconstitucionais.

## **2.2 Base constitucional e infraconstitucional**

Analisando a Constituição Federal de 1988, observa-se que o legislador originário tratou da temática da segurança pública no art. 144 do texto, fixando os órgãos responsáveis pela preservação da ordem pública e condução das investigações oficiais, em caso de ocorrência de infrações penais.

Diante disso, como apontado anteriormente, o referido dispositivo constitucional atribuiu as funções de polícia judiciária às Polícias Cíveis dos Estados e a Polícia Federal, nos termos do art. 144, §1º, I e §4º, da CRFB/88. Em outras palavras, em tese, a Carta Magna delegou a estes órgãos oficiais o poder de investigação criminal, com o intuito de elucidar fatos supostamente delituosos.

Em contrapartida, posteriormente surgiu a indagação acerca da possibilidade de que o Ministério Público pudesse conduzir suas próprias investigações criminais, a parte

daquelas realizadas pelos órgãos policiais, sob o argumento de que sendo o órgão público responsável pela defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, além de possuir a titularidade privativa da ação penal pública (art. 127 e 129, I, da CRFB/88), não faria sentido retirar de sua esfera de atuação a possibilidade de produzir materiais probatórios que fossem suficientes para sustentar essas atribuições constitucionais.

Diante das controvérsias, a discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal, que se debruçou sobre o assunto na análise do Recurso Extraordinário n. 593.727/MG, fixando a seguinte tese, em sede de repercussão geral:

O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição.

Portanto, a Suprema Corte entendeu que a lógica constitucional não seria no sentido de excluir do Ministério Público a atividade investigativa, pelo contrário, possuindo as atribuições listadas anteriormente e exigindo a necessidade de provas para a instauração e continuidade do processo penal, não lhe conferir a possibilidade de instaurar procedimentos investigativos, seria como “amputar” um de seus braços de atuação.

Nesse sentido, colaciona-se trecho do voto do Min. Gilmar Mendes, extraído do acórdão proferido no RE 593.727/MG:

Dessa forma, considerando o poder-dever conferido ao Ministério Público na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, da CF), afigura-me indissociável às suas funções relativa autonomia para colheita de elementos de prova como, de fato, lhe confere a legislação infraconstitucional. É insito ao sistema dialético de processo, concebido para o estado democrático de direito, a faculdade de a parte colher, por si própria, elementos de prova hábeis para defesa de seus interesses. E, ipso facto, não poderia ser diferente com relação ao MP que tem, friso, o poder-dever da defesa da ordem jurídica.

Nesse diapasão, entendimento jurídico semelhante pode ser aplicado aos defensores, públicos e privados, na condução da investigação criminal defensiva,

especialmente tendo como fundamentos os princípios e garantias constitucionais, bem como as previsões normativas que constam no Código de Processo Penal Brasileiro.

Antes de tudo, como apresentado anteriormente, não há nenhuma vedação constitucional ou mesmo infraconstitucional no sentido de proibição de que o defensor produza elementos probatórios que sejam eficazes na defesa dos interesses de seu assistido/cliente, desde que respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico.

Pelo contrário, as garantias constitucionais do indivíduo sujeito a uma investigação criminal ou processo penal por parte do Estado permitem que ele possa, em conjunto com seu patrono, participar ampla e ativamente do processo penal.

Primeiro, a Constituição Federal de 1988 incluiu no rol de direitos e garantias fundamentais a ampla defesa e o contraditório, elementos basilares para a formação do processo penal, sendo causa de nulidade absoluta a sua inobservância, note:

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:

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;

Ou seja, a partir do momento em que uma pessoa é investigada ou acusada pelo Estado, o ordenamento jurídico lhe confere as garantias de participar ativamente do processo, valendo-se de todos os meios legais possíveis, visando impedir excessos e arbitrariedades por parte dos agentes encarregados de conduzir o processo.

Portanto, ao permitir que o indivíduo utilize de meios legais e amplos de defesa, bem como tenha o direito de contraditar os elementos probatórios e a acusação oferecida pelo Estado, inclusive por meio dos direitos à informação e à participação, também não seria lógico excluir da defesa técnica e do investigado/acusado a possibilidade de produzirem o acervo probatório necessário à tutela de seus interesses.

À vista disso, afirma Aury Lopes Junior (2019, p. 249):

Feitas as alegações, os titulares da garantia da ampla defesa têm o direito à prova dessas mesmas alegações. De nada adiantaria garantir-se a eles com uma mão o direito de alegar e subtrair-lhes, com a outra, o direito de fazer prova das alegações. O direito à prova, pois, está imbricado com a ampla defesa e dela é indissociável.

No mesmo sentido, ensina Renato Brasileiro de Lima (2022, p. 571):

Com efeito, de nada adianta o Estado assegurar à parte o direito de ação, legitimando a propositura da demanda, sem o correspondente reconhecimento do direito de provar, ou seja, do direito de se utilizar dos meios de prova necessários a comprovar, perante o órgão julgador, as alegações feitas ao longo do processo. Há de se assegurar às partes, portanto, todos os recursos para o oferecimento da matéria probatória, sob pena de cerceamento de defesa ou acusação.

Dessa maneira, é evidente que não basta a mera afirmação de que aos defensores e seus assistidos são permitidas essas garantias processuais, para além disso, é necessário que se preserve a possibilidade de presença ativa dos titulares desses direitos no processo penal, produzindo as provas que deem robustez às suas teses.

Do mesmo modo, cabe aos profissionais da advocacia e da defesa pública não se contentarem com o papel de meros expectadores da atividade estatal, apenas aceitando aquilo que é produzido pelos seus agentes. Em oposição, é necessário que os patronos ajam com vividez na defesa dos interesses do acusado, valendo-se da investigação criminal defensiva de modo estratégico, ou seja, quando perceber que as possíveis diligências serão eficazes no embasamento da tese.

Ainda assim, atrelado aos princípios da ampla defesa e do contraditório está a garantia da isonomia entre as partes, previsto no art. 5º, *caput*, da CRFB/88, no sentido de que os atores do processo penal possuem as mesmas oportunidades de atuação durante a investigação ou processo criminal. Logo, se ao Ministério Público é reconhecida a possibilidade de instauração de procedimentos administrativos investigativos para que possa exercer suas atribuições com plenitude, também deverá ser garantido a defesa a oportunidade de produzir elementos probatórios para proteção dos interesses do réu, evidente que respeitando os limites constitucionais e legais.

Caso o entendimento seja contrário, violada estaria a garantia de igualdade entre as partes, como bem ensina Evinis Talon (2021, p. 22): “Não há paridade de armas quando uma parte tem mais poderes que a outra. Inexiste paridade de armas se a acusação tiver mais informações que a defesa, sobretudo se puder utilizá-las”.

Além de todo o exposto, extrai-se mais dois fundamentos da Constituição Federal que permitem ao réu se valer dos elementos produzidos na investigação criminal defensiva para o exercício de sua defesa, consistente nas garantias do devido processo

legal e a presunção de inocência, previstos no art. 5º, LIV e LVII, que segundo Renato Brasileiro de Lima (2022, p. 48), se resume no

direito de não ser declarado culpado senão após o término do devido processo legal, durante o qual o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para a sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório).

Portanto, uma vez presumido inocente até o término do processo, nada mais lógico do que garantir ao réu a oportunidade de utilizar todos os meios lícitos possíveis para que mantenha essa presunção intacta, evitando por consequente a violação das regras processuais penais, no sentido de que o acusado não seja privado de sua liberdade sem ao menos ser respeitado o devido processo legal.

Na sequência, apesar de não haver previsão legislativa expressa acerca da investigação criminal defensiva, é possível extrair da legislação infraconstitucional diversos fundamentos para o uso desse instrumento investigativo, especialmente no Código de Processo Penal Brasileiro.

Primeiro, em total consonância com as garantias constitucionais, a legislação processual penal previu que as partes é garantido a possibilidade de apresentarem documentos em qualquer fase do processo criminal, salvo vedações expressas, estabelecendo como documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares, ou seja, permitindo que o acusado produza licitamente os elementos necessários para a sua defesa e traga-os ao processo, caso entenda pertinentes. Veja:

Art. 231. Salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo.

Art. 232. Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares.

Na mesma lógica, tratando do procedimento ordinário e sumário, o código prescreve que o acusado poderá alegar tudo aquilo que for pertinente para a sua defesa, bem como juntar os documentos que entender necessários para embasar suas teses, conforme prescreve o art. 396-A, do CPP:

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

Do mesmo modo, acerca do procedimento dos crimes de competência do Tribunal do Júri, a legislação processual penal também garantiu ao réu apresentar documentos no momento de ofertar sua resposta à acusação, nos termos do art. 406, §3º, do CPP:

Art. 406. O juiz, ao receber a denúncia ou a queixa, ordenará a citação do acusado para responder a acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

§ 3º Na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo que interesse a sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, até o máximo de 8 (oito), qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.

Assim, é evidente que o código prestigia os princípios constitucionais destacados anteriormente, permitindo que o acusado produza os documentos necessários para o exercício da ampla defesa e do contraditório, sendo elementos legislativos fundamentais para a justificação da instauração de uma investigação criminal defensiva.

Segundo, outro argumento contundente para a aceitação do referido instrumento investigativo permeia ao redor do ônus da prova, ou seja, o encargo que recai sobre as partes no sentido de provarem as afirmações que fizerem durante o processo criminal. Por óbvio, de nada adiantaria permitir que as partes fizessem as alegações necessárias para as suas teses e não pudessem apresentar provas daquilo que alegaram em juízo. Desse modo, perceba a previsão do art. 156, do CPP:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Diante do texto do referido dispositivo legal surgem algumas correntes acerca do ônus probatório. A primeira, no sentido de que caberia apenas ao Ministério Público o ônus da prova acerca da tipicidade, ilicitude e culpabilidade do fato supostamente delituoso, tendo em vista o princípio constitucional da presunção de inocência, de modo que ao réu não caberia provar sua inocência, de acordo com Evinis Talon (2021). Por outro lado, apesar das críticas, outra parte da doutrina e da jurisprudência se posiciona no sentido de que, à luz do art. 156 do CPP, há verdadeira distribuição do ônus da prova entre acusação e defesa. Assim, a defesa caberia o encargo de provar a presença de causas excludentes de ilicitude e culpabilidade, além do álibi do fato, enquanto a acusação estaria

o dever de provar a existência do fato típico, autoria/participação, nexos de causalidade e o elemento subjetivo da conduta (dolo ou culpa), conforme ensina Renato Brasileiro de Lima (2022).

O fato é que, independente da teoria adotada, a defesa deve sempre agir com afincamento no momento de tutela dos interesses do acusado, garantindo que sejam expostas todas as teses pertinentes no processo criminal, conforme prescreve Evinis Talon (2021, p. 38):

Ainda que se entenda, como propomos aqui, que o ônus da prova é exclusivo da acusação, o Advogado ou Defensor Público deverá atuar como se precisasse provar a inocência, buscando provas que justifiquem suas alegações e contrariem a versão acusatória.

Por fim, diante de todo o exposto, é perceptível que o ordenamento jurídico fornece diversos fundamentos constitucionais e infraconstitucionais para o exercício da investigação criminal defensiva, sempre salientando que o defensor deverá agir conforme os limites impostos pela legalidade e pela ética profissional.

### **2.3 A ausência de norma legal específica sobre o instrumento e o provimento n. 188/2018 do Conselho Federal da OAB**

Apesar de todos os fundamentos constitucionais e infraconstitucionais apresentados anteriormente e que poderão ser utilizados pelo defensor para amparar a produção da investigação criminal defensiva, não há previsão legal expressa no Brasil, até o momento, que regule e forneça maior segurança jurídica para o uso desse instrumento processual.

Diante dessa imprevisão normativa, hoje há uma única possibilidade visível de positivação acerca da investigação criminal defensiva, que seria o Projeto de Lei n. 8.045/2010, que busca instituir um novo código de processo penal e em seu art. 13 e parágrafos, prevê a possibilidade de que o defensor e o investigado possam produzir elementos de prova que sejam necessários para o exercício da ampla defesa e do contraditório. Observe:

Art. 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de

identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas.

Entretanto, apesar da iniciativa, trata-se de um projeto de lei que tramita no Poder Legislativo Federal há cerca de 13 (treze) anos e que já foi apensado por outros inúmeros projetos de lei, sem qualquer expectativa de colocação em pauta para votação, conforme consta no site oficial da Câmara dos Deputados. Ou seja, não há estimativa de quando o instrumento da investigação criminal defensiva terá previsão legal, de modo que ao defensor caberá se valer dos inúmeros fundamentos constitucionais e legais para a sua atuação e, como sempre destacado, preservando pela legalidade e ética no exercício profissional.

Diante dessa ausência de normas, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no ano de 2018, aprovou o Provimento n. 188, visando regulamentar a atividade investigativa produzida pelo profissional da advocacia. Porém, existem algumas observações importantes a serem realizadas acerca dessa regulamentação por parte da OAB.

Primeiro, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3026, entendeu que a Ordem dos Advogados do Brasil possui natureza jurídica de autarquia especial ou “*sui generis*”, de modo que não se equipara aos demais Conselhos Profissionais, que são considerados integrantes da Administração Pública Indireta (diferentemente da OAB) e possuem a função de fiscalizar as respectivas áreas profissionais.

Desse modo, fixou-se o entendimento de que a OAB não está sujeita ao controle direto por parte da Administração Pública e possui personalidade jurídica própria, sendo independente e podendo representar a classe dos advogados. Além disso, tem a competência, por meio de seu órgão máximo, o Conselho Federal, no exercício do poder regulamentar, de editar e alterar o regulamento geral, o Código de Ética e Disciplina, e os provimentos que julgar necessários, nos termos do art. 54, V, da Lei n. 8.906/94.

Todavia, as edições desses provimentos pela OAB possuem o caráter de vinculação apenas entre a classe dos advogados, como forma de regulamentar o exercício profissional, ou seja, não sendo produzido pelo Poder Legislativo, não há possibilidade de que o Provimento n. 188/2018 tenha o caráter de imperatividade ou força normativa

sobre todos, inclusive o Estado e seus agentes, uma vez que essa característica é exclusiva das normas aprovadas pelo Poder Legislativo.

Portanto, apesar da iniciativa do Conselho Federal da OAB em editar o provimento, ainda não há a segurança jurídica em relação a investigação criminal defensiva, de modo que os demais agentes estatais não estão obrigados a respeitar essa regulamentação, sendo necessário que o advogado se muna dos demais fundamentos apresentados no presente trabalho para o exercício pleno da defesa dos interesses do investigado/acusado.

Além disso, outro ponto discutido pela doutrina acerca do Provimento editado pela OAB é a possível inconstitucionalidade do dispositivo.

O primeiro ponto que sustenta um argumento sobre a inconstitucionalidade formal do texto é o art. 22, I, da CRFB/88, que prevê o seguinte: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”. Em outras palavras, a Carta Magna impõe taxativamente que cabe apenas ao Poder Legislativo Federal legislar sobre matéria de direito processual penal, dando a respectiva força normativa, de modo que a outros entes não é permitido realizar essa regulamentação, inovando o ordenamento jurídico.

Da mesma forma, o parágrafo único do art. 22 da CRFB/88 autoriza que os Estados membros legislem sobre essas matérias quando houver expressa autorização por meio de lei complementar e desde que tratem de questões específicas do ente federativo, que exijam a regulamentação adicional, o que não se enquadraria na temática da investigação criminal defensiva.

Ainda assim, a Constituição Federal autoriza que os entes federativos legislem concorrentemente sobre procedimento em matéria processual, nos termos do art. 24, XI, o que não autorizaria entidades como a OAB a realizar tal atividade.

Ou seja, a discussão paira acerca da possível inconstitucionalidade formal do Provimento 188/2018 da OAB, uma vez que, possuindo a natureza de autarquia especial ou *sui generis*, não possuiria a competência para tratar de matérias processuais e/ou procedimentais. Nesse contexto, em comparação com a regulamentação do CPP sobre a

investigação oficial estatal, a discussão sobre os procedimentos a serem adotados e a própria permissão para conduzir investigações estaria intimamente relacionado com normas de caráter processual, o que impediria a OAB de agir como se órgão legislativo fosse.

Na mesma linha, há doutrinadores que sustentam a inconstitucionalidade material do provimento, uma vez que não haveriam as garantias da ampla defesa e do contraditório na fase investigatória da persecução penal, cabendo à defesa contraditar os elementos produzidos pelo Estado somente na fase processual e não realizar uma espécie de investigação paralela à oficial, que seria atribuição exclusiva do Estado, como aponta Silva (2019), promotor de justiça do estado de São Paulo.

O fato é que a temática ainda gera inúmeras discussões entre os doutrinadores brasileiros, o que somente será resolvido com segurança, no caso de possível aprovação do PL n. 8.045/2010, de outra lei que trate do assunto ou uma possível na análise do Supremo Tribunal Federal, como ocorreu no caso do Ministério Público, com o RE 593.727/MG.

Portanto, enquanto não há tese consolidada sobre a temática, cabe aos defensores agirem baseados nos princípios e garantias constitucionais, na legalidade, na boa-fé processual e na ética profissional, visando a produção de elementos documentais lícitos e que sejam essenciais para a defesa do assistido.

#### **2.4. Finalidades da Investigação Criminal Defensiva**

Durante o desenvolvimento do tópico 2.1 do presente trabalho evidenciou-se que a investigação criminal defensiva tem como propósito fundamental a produção de elementos probatórios lícitos para a construção de um conjunto de provas essenciais a defesa dos interesses do acusado ou investigado.

Ocorre que esse trabalho poderá ser realizado pelo defensor em diversos momentos da persecução penal, que envolve desde a instauração de um procedimento de investigação oficial, como o Inquérito Policial, até posteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória, como na Revisão Criminal, observados os limites constitucionais e legais.

É nesse sentido que o Provimento n. 188/2018 da OAB previu nos arts. 1º e 2º, veja:

Art. 1º Compreende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, **em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição**, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte. (grifo nosso)

Art. 2º A investigação defensiva pode ser desenvolvida na etapa da investigação preliminar, no decorrer da instrução processual em juízo, na fase recursal em qualquer grau, durante a execução penal e, ainda, como medida preparatória para a propositura da revisão criminal ou em seu decorrer.

Logo, sendo possível o uso desse instrumento investigativo durante toda a persecução penal, inclusive em fases recursais, com a observância dos limites legais de análise de mérito e procedimento por parte dos Tribunais Superiores, há uma abertura para várias finalidades desse procedimento de colheita de provas.

Nesse contexto, o art. 4º do referido Provimento enumera as principais finalidades da investigação criminal defensiva, sendo relevante destacar que o dispositivo não apresenta um rol taxativo de possibilidades, podendo o defensor atuar conforme entenda necessário, desde que dentro da legalidade, conforme se extrai da leitura do texto:

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

- I- pedido de instauração ou trancamento de inquérito;
- II- rejeição ou recebimento de denúncia ou queixa;
- III- resposta a acusação;
- IV- pedido de medidas cautelares;
- V- defesa em ação penal pública ou privada;
- VI- razões de recurso;
- VII- revisão criminal;
- VIII- *habeas corpus*;
- IX- proposta de acordo de colaboração premiada;
- X- proposta de acordo de leniência;
- XI- outras medidas destinadas a assegurar os direitos individuais em procedimentos de natureza criminal.

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

Ou seja, nota-se que a investigação criminal defensiva tem a finalidade de produção de provas que sejam a base de fundamentação da defesa do acusado ou investigado durante os diversos momentos da persecução penal. De fato, a leitura dos

incisos do dispositivo nos conduz a uma linha temporal da persecução penal, podendo o defensor realizar o seu trabalho investigativo durante todo esse período.

Primeiro, visando o possível trancamento de Inquérito Policial ilegal ou até mesmo pedido de instauração da investigação oficial. Na sequência, busca-se o recebimento de uma possível queixa-crime, no momento em que o defensor for constituído pelo ofendido, ou a possível rejeição da peça acusatória por ausência de pressupostos da ação. Em continuidade, é possível produzir provas que embasem uma possível absolvição sumária em sede de resposta à acusação ou até arrolar possíveis testemunhas essenciais. No prosseguimento da marcha processual, pode-se produzir esses elementos para a apresentação durante a instrução probatória e o desenvolvimento das teses principais em alegações finais, bem como visando possíveis recursos, após a prolação de sentença penal desfavorável. Além disso, o dispositivo prevê a possibilidade de atuação em diversos outros procedimentos importantes do processo penal, como habeas corpus, medidas cautelares e acordos, como a colaboração premiada e o acordo de leniência.

Finalmente, deve-se frisar que a investigação deverá respeitar os limites constitucionais, legais e éticos durante a sua efetiva produção, inclusive com a observância de direitos e garantias fundamentais de todos os envolvidos no procedimento, inclusive no tocante as chamadas “cláusulas de reserva de jurisdição”, em que as diligências somente seriam possíveis após a autorização do Poder Judiciário.

## **2.5 O valor probatório da investigação criminal defensiva**

Em meio a inúmeras discussões e incertezas quanto a temática da investigação criminal defensiva, surge o questionamento sobre qual seria o valor probatório do material produzido pelo defensor. Em outras palavras, é indagado se o conjunto de materiais colhidos visando o esclarecimento do fato criminoso e a defesa dos interesses do acusado tem o condão de serem considerados provas idôneas e capazes de influenciar a decisão judicial por meio do sistema do livre convencimento motivado.

Antes disso, é importante esclarecer brevemente o que pode ser considerado prova.

Nesse contexto, ao verificar o significado do termo “provar” remete-se a ideia de demonstrar que algum fato ocorrido no mundo é verdadeiro, ou seja, que algum acontecimento realmente ocorreu nos exatos termos apresentados ou muito próximo disso.

Nas palavras de Renato Brasileiro de Lima (2022, p. 571):

A palavra prova tem a mesma origem etimológica de *probo* (do latim, *probatio* e *probus*), e traduz as ideias de verificação, inspeção, exame, aprovação ou confirmação. Dela deriva o verbo *provar*, que significa verificar, examinar, reconhecer por experiência, estando relacionada com o vasto campo de operações do intelecto na busca e comunicação do conhecimento verdadeiro.

Portanto, pode ser considerado como prova todos aqueles elementos colhidos durante uma atividade investigativa, observado os limites constitucionais, legais e éticos, com a finalidade de gerar uma sequência lógica de pensamentos seguros no sentido de demonstrar, ao órgão julgador, a veracidade de um fato já ocorrido. Nessa linha, ensina Aury Lopes Junior (2019, p. 341):

O processo penal é um instrumento de retrospectiva, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico. Como ritual, esta destinado a instruir o julgador, a proporcionar o conhecimento do juiz por meio da reconstrução histórica de um fato. Nesse contexto, as provas são os meios através dos quais se fará essa reconstrução do fato passado (crime).

Assim, partindo dessa premissa, a prova pode ser subdividida em diversas espécies segundo a doutrina, como as provas periciais, provas testemunhais, provas documentais, reconstituição do fato, reconhecimento de pessoas ou coisas e outras, que passam a ter essa classificação após as fontes dessas provas serem introduzidas ao processo através dos respectivos meios de prova.

Diante dessas questões, chega-se ao questionamento principal do presente tópico, no sentido de analisar o valor probatório dos elementos produzidos na investigação criminal defensiva e em qual espécie de prova se enquadraria esse conjunto de informações produzidas pelo defensor.

Primeiro, como já apontado anteriormente, o art. 231 do CPP autoriza que as partes apresentem documentos em qualquer fase do processo, salvo nos casos vedados pela lei. Desse modo, tendo como base a linha do tempo processual e as oportunidades as quais a defesa poderá se manifestar, os elementos probatórios produzidos na investigação

criminal defensiva poderão ser anexados aos autos com o escopo de provas documentais, que posteriormente poderão ser levadas à análise do Poder Judiciário, bem como ao conhecimento do Ministério Público para a garantia do exercício do contraditório. Note o que apresenta Evinis Talon (2021, p. 201):

Primeiramente, insta recordar que os resultados da investigação defensiva são levados ao inquérito policial ou processo como documentos. As perícias, declarações (escritas ou gravadas) e outras provas constituirão prova documental, o que não impede que, nos autos oficiais, seja novamente produzida a prova em outro formato.

Portanto, o complexo de diligências produzidas e registradas nos autos da investigação criminal defensiva adquirem o caráter de prova documental, sendo introduzidas nos autos oficiais no momento mais oportuno à defesa do acusado, que será analisado estrategicamente pelo defensor.

Dessa forma, o art. 232 do CPP conceitua o que é documento para os fins do processo penal, note: “Art. 232. Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares”. Todavia, tratando-se de um conceito um tanto quanto aberto, Aury Lopes Junior (2019, p. 503) faz a seguinte ressalva:

Dessa maneira, além de ser considerado documento qualquer escrito, abre-se a possibilidade da juntada de fitas de áudio, vídeo, fotografias, tecidos e objetos móveis que fisicamente possam ser incorporados ao processo e que desempenhem uma função persuasiva (probatória).

Assim, nota-se que o dispositivo legal permite uma interpretação mais ampla, no sentido de não considerar como documento apenas aqueles papéis escritos, mas também possíveis objetos que tenham relação com o delito e possam esclarecer o fato, atentando-se para as regras processuais inerentes à cadeia de custódia da prova.

Percebe-se que a investigação criminal defensiva será introduzida nos autos oficiais como documentos particulares e, após a análise pelo Poder Judiciário e a garantia do contraditório ao Ministério Público ganharão o status de prova documental, inclusive com a possibilidade de repetição da produção da prova na presença de todos os atores do processo, como as provas testemunhais, evitando-se assim a possível alegação de nulidade e podendo influenciar na formação da convicção do juiz no momento do julgamento.

Entretanto, diante da ausência de norma específica da matéria, torna-se importante salientar que o pedido de juntada desses documentos probatórios poderão estar sujeitos ao indeferimento por parte do juízo, cabendo ao defensor utilizar-se dos meios recursais possíveis para demonstrar a violação ao direito de defesa, como mandado de segurança, habeas corpus ou correção parcial, a depender do caso concreto.

### **3. Aspectos práticos**

Após o estudo dos principais pontos teóricos que envolvem a temática da investigação criminal defensiva, é importante a análise dos aspectos práticos que permeiam esse instrumento defensivo. Para isso, inicialmente, será desenvolvido o ponto sobre a ausência de prerrogativas oficiais ao defensor, na sequência, será feita uma breve análise sobre a possível aplicação das características da investigação oficial à investigação defensiva e, por fim, serão esclarecidos pontos relacionados à estrutura formal dessa investigação e os instrumentos que poderão ser utilizados para a produção de diligências.

#### **3.1. A ausência de prerrogativas oficiais ao defensor e as alternativas a serem adotadas**

A atuação estatal por meio das polícias e do Ministério Público e a ação do particular, no caso o advogado, são regidas por regimes jurídicos diferentes, ou seja, durante a realização das investigações por parte do Estado e do advogado, há um conjunto de princípios e regras aplicáveis a cada um deles de modo singular.

No caso das investigações oficiais, sejam aquelas conduzidas pela autoridade policial ou pelo Ministério Público, existem uma série de prerrogativas aplicáveis para ambos, visando a garantia do interesse público sobre o particular. Vejamos:

Primeiro, aos órgãos estatais existe a aplicação do princípio da presunção de legitimidade ou, simplesmente, fé pública, que consiste em uma projeção relativa de que os atos praticados pelos agentes públicos ocorreram da forma como eles narram e de

acordo com a lei. Por outro lado, tratando-se de procedimento particular, não haverá tal presunção sobre os elementos colhidos pelo defensor na investigação criminal defensiva, o que pode dificultar, em certa medida, o convencimento do juiz durante o julgamento.

Segundo, sabe-se que a administração pública é dotada de poder de polícia, que nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho (2018, p. 78), consiste: “[...] Em sentido amplo, poder de polícia significa toda e qualquer ação restritiva do Estado em relação aos direitos individuais”. Em outras palavras, se resume no poder estatal de limitar direitos individuais, como a liberdade de locomoção, em prol do interesse público. A exemplo, tem-se o poder da autoridade judicial de conduzir uma testemunha coercitivamente até a audiência para que possa dar suas declarações sobre o fato processado, desde que intimada e não justificada a ausência, nos termos do art. 218, do CPP.

Do mesmo modo, esse poder não é concedido ao advogado na realização de diligências investigativas, uma vez que conduz procedimento que visa substancialmente o interesse particular. De fato, caso um particular obtivesse tais poderes para buscar a efetivação de seus interesses, poderíamos estar diante do uso perigoso e arbitrário das próprias razões.

Terceiro, outra prerrogativa concedida ao Ministério Público e a autoridade policial na condução das investigações oficiais é o poder de requisição, que compreende a capacidade de ordenar à órgãos públicos ou privados, o envio de informações, documentos, a realização de perícias e outras diligências necessárias e que não estejam vinculadas à cláusula de reserva de jurisdição. Nesse sentido, entre os vários dispositivos que dão ao Ministério Público e a autoridade policial o poder de requisição pode-se destacar: art. 129, VI, da CRFB/88; art. 26, I, “b”, e II, da Lei n. 8.625/93 (Lei Orgânica do Ministério Público); art. 47 do CPP; art. 13-A, do CPP e, por fim, art. 2º, §2º, da Lei n. 12.830/2013 (Lei que disciplina a investigação criminal conduzida pelo Delegado de Polícia).

No mesmo sentido, esse poder também encontra justificativa na garantia da supremacia do interesse público sobre o privado, de modo que ao defensor não será garantido o uso dessa prerrogativa, o que torna mais dificultosa a produção do conjunto de elementos probatórios necessários à defesa dos interesses do acusado ou investigado.

Por outro lado, entendimento diverso foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal em relação à Defensoria Pública no julgamento da ADI 6.852, compreendendo a corte que esse órgão também possui a garantia de requisição de documentos de órgãos públicos, uma vez que não possui a mesma natureza jurídica da advocacia privada e trata-se de prerrogativa essencial ao exercício de suas atribuições constitucionais. Assim, no tocante ao poder de requisição, apesar das alegações acerca da violação ao princípio da isonomia em relação aos advogados privados, existe essa garantia a esse órgão, o que facilita a obtenção de elementos para a investigação criminal defensiva.

Por fim, outro ponto que pode ser destacado como diferença na condução da investigação criminal oficial e aquela produzida pela defesa seria a possibilidade de configuração do crime de desobediência, do art. 330, do CP, por parte daquele que desobedece ordem legal emanada por funcionário público, o que contribui para a realização de diligências pelo Estado, frente a coerção pelo direito penal.

Logo, diante das dificuldades práticas que o defensor irá enfrentar na condução da investigação criminal defensiva, caberá a ele buscar as melhores alternativas, desde que lícitas e éticas, como por exemplo, o uso da ata notarial, que será objeto de análise posteriormente e a faculdade de requerer ao juiz que este requisite documentos indispensáveis aos órgãos públicos ou privados.

Em conclusão, é de suma importância destacar que ao defensor e ao acusado não é autorizado o uso da investigação criminal defensiva para a prática de ilícitos civis, penais ou administrativos, devendo estes sempre agirem pautados pela boa-fé, legalidade e objetividade, buscando a produção de elementos probatórios idôneos e que contribuam na busca da verdade processual, sob pena de responsabilização.

### **3.2 A aplicabilidade das características da investigação oficial à investigação criminal defensiva**

Outro ponto importante para ser objeto de análise durante o estudo da investigação criminal defensiva é a possível aplicabilidade das características inerentes à investigação oficial, especialmente no Inquérito Policial.

Segundo Renato Brasileiro de Lima (2022), o inquérito policial possui nove características fundamentais, sendo elas: ser um procedimento escrito; dispensável; inquisitório; discricionário; oficial; oficioso; indisponível; temporário e sigiloso. Assim,

surge o questionamento se os mesmos atributos também se aplicariam à investigação criminal defensiva, uma vez que também é considerado um procedimento de colheita de elementos probatórios.

Primeiro, o art. 9º do CPP prevê que o inquérito policial deverá ser reduzido à escrito num só processado, ou seja, deve ser documentado para garantir a segurança jurídica e para que, posteriormente, acompanhe a possível ação penal. No mesmo sentido, essa característica pode utilizada de modo análogo à investigação criminal defensiva, conforme será melhor descrito no subtópico “estrutura formal da investigação criminal defensiva”, garantindo que os elementos produzidos pela defesa estejam documentados e a disposição do defensor e acusado.

Segundo, no tocante a ser um procedimento dispensável, é evidente que a investigação criminal defensiva tem esse atributo de maneira ainda mais significativa do que o procedimento oficial, uma vez que, dada a oportunidade de se defender e contraditar a versão acusatória, trata-se de uma faculdade do acusado e seu defensor buscar produzir ou não o material probatório que fortaleça as teses formuladas.

Terceiro, talvez o ponto mais polêmico e que justifica o uso da investigação criminal defensiva é a característica inquisitiva do inquérito policial, sendo entendimento majoritário de que não há ampla defesa e contraditório nessa fase da persecução penal, o que será exercido posteriormente durante o processo penal.

Diante disso, com entendimento semelhante e realizada as necessárias ressalvas no tocante a ausência de prerrogativas ao defensor, a observância da cláusula de reserva de jurisdição e o respeito aos demais dispositivos constitucionais e legais, também não haveria a oportunidade do contraditório ao Ministério Público ou autoridade policial durante a condução da investigação criminal defensiva, sendo essa atividade oportunizada no processo penal após a juntada dos documentos colhidos lícitamente pela defesa.

Apesar disso, como ressaltado anteriormente, a presença desse atributo não autoriza ao defensor e seu cliente a prática de ilícitos penais, civis e administrativos, que poderão ser objeto de análise pelo Ministério Público, pelos órgãos policiais e pelo Poder Judiciário, caso ocorram abusos e desvios de finalidade.

Quarto, no tocante à discricionariedade, entende-se que ela também é aplicável à investigação criminal defensiva, devendo ser oportunizado ao defensor a condução do

procedimento do modo que entender mais viável, sempre dentro dos limites constitucionais e legais.

Quinto, no tocante a qualidade do inquérito policial de ser um procedimento oficial e oficioso, é evidente que não se aplica à investigação criminal defensiva, visto que é conduzida por particular visando a tutela dos interesses do acusado, diferentemente do procedimento estatal, que deve ser feito de ofício em caso de crimes de ação penal pública e por agente público.

Sexto, referente à indisponibilidade, que é a impossibilidade de a autoridade policial arquivar o procedimento investigativo, nota-se que essa característica também não se aplica à investigação criminal defensiva, uma vez que ao defensor caberá decidir se utilizará ou não os elementos produzidos, visando a tutela dos interesses de seu cliente.

Sétimo, o atributo da temporalidade, ou seja, o inquérito policial tem um prazo legal a ser cumprido, de acordo com o crime e procedimento ao qual está sujeito. Entretanto, isso não se aplica a investigação criminal defensiva, que poderá ser conduzida durante toda a persecução penal e enquanto o defensor julgar necessário, conforme previsto no art. 1º e 2º do Provimento n. 188/2018 da OAB e segundo ensina Evinis Talon (2021, p. 69):

De acordo com o art. 1º do Provimento, a investigação defensiva pode ser realizada “em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição”. Portanto, a investigação defensiva poderia ser utilizada durante o inquérito policial ou outra investigação conduzida por alguma autoridade pública, depois do oferecimento da denúncia, durante a instrução, antes ou depois da audiência e em qualquer outro momento.

Por fim, devemos analisar a aplicabilidade do sigilo da investigação oficial ao procedimento defensivo, discussão que nos conduz a um questionamento, no sentido da necessidade ou não de que o defensor dê publicidade e leve ao conhecimento das autoridades todo o material colhido.

A garantia do sigilo à investigação oficial visa permitir a efetividade das diligências, visto que, caso houvesse a publicidade das atividades, o resultado pretendido provavelmente se esvaziaria e o esclarecimento do possível delito estaria prejudicado.

Entretanto, é pacífico na doutrina e na jurisprudência que o advogado terá acesso às diligências já documentadas nos autos do inquérito policial, conforme prevê a Sum. Vinculante n. 14, do STF, visando garantir a ampla defesa e assistência por parte do

defensor, uma vez que essa amplitude passa pela possibilidade de acesso aos autos oficiais.

Nesse sentido, fazendo uma interpretação semelhante, resta a dúvida se os autos da investigação criminal defensiva deveriam ganhar a mesma publicidade da investigação oficial, de modo a garantir o acesso das autoridades públicas às diligências documentadas nos autos.

Diante disso, sabe-se que o advogado possui o dever inerente à profissão de sigilo com o seu cliente, de modo que não poderá divulgar aquilo que vir a ter conhecimento durante o exercício da defesa, sob pena de ser responsabilizada civil, penal e administrativa, nos termos do art. 25 do Código de Ética e Disciplina da OAB.

Ou seja, tratando-se de uma relação evidentemente privada e que busca a proteção dos interesses individuais, o advogado estaria impedido de dar publicidade aos acontecimentos e circunstâncias que obtivesse conhecimento, exceto se houvesse risco à própria vida ou integridade física. Nesse sentido, note o entendimento de Aury Lopes Junior, Alexandre Morais da Rosa e Gabriel Bulhões (2019):

Alguns argumentam que o advogado teria um "dever de informar" à autoridade policial as fontes de prova localizadas. Tal afirmativa é de todo problemática, tendo em vista que estabelece uma confusão tanto no que toca ao regramento normativo dispensado à advocacia brasileira quanto confunde a própria natureza da atividade advocatícia e o resguardo da parcialidade constitucional. É preciso lembrar que a advocacia, embora exerça um múnus público (artigo 133, CF), é um ministério privado (artigo 5º, II, CF — “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”), tutelado pelo princípio constitucional do livre exercício das profissões (artigo 5, XII, CF — “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”). Não é um órgão público ou função pública em sentido estrito.

Além disso, o ordenamento jurídico pátrio veda a autoincriminação, de modo que obrigar que o defensor dê publicidade a todas as informações colhidas pode inevitavelmente, conduzir o investigado a produzir provas contra si mesmo sem a sua anuência, violando previsões constitucionais e legais. Entendimento contrário seria no caso de expressa autorização por parte do acusado ou investigado, o que permitiria que o defensor desse publicidade aos documentos colhidos sem a quebra do dever de sigilo inerente à relação.

Nesse contexto, o provimento n. 188/2018 da OAB previu da seguinte forma:

Art. 5º Durante a realização da investigação, o advogado deve preservar o sigilo das informações colhidas, a dignidade, privacidade, intimidade e demais direitos e garantias individuais das pessoas envolvidas.

Art. 6º O advogado e outros profissionais que prestarem assistência na investigação não têm o dever de informar à autoridade competente os fatos investigados.

Parágrafo único. Eventual comunicação e publicidade do resultado da investigação exigirão expressa autorização do constituinte.

Por fim, é evidente a aplicação de regimes jurídicos diferentes a investigação oficial e aquela produzida pela defesa, sendo necessário garantir o atributo do sigilo, bem como a proibição da obrigatoriedade de ampla publicidade das diligências frente a própria natureza da relação entre defensor e cliente. Em outras palavras, cabe ao defensor e ao acusado decidirem a melhor estratégia defensiva e quais elementos probatórios serão levados aos autos oficiais.

### **3.3 A estrutura formal da investigação criminal defensiva**

O estudo da investigação criminal defensiva necessita de uma análise de como as diligências serão documentadas e reunidas para que posteriormente possam ser levadas ou não aos autos do processo criminal.

Nesse contexto, apesar do Provimento n. 188/2018 da OAB não prever um procedimento específico, pode-se dizer que a investigação criminal defensiva será organizada documentalmente de modo semelhante ao Inquérito Policial, formando uma sequência lógica das diligências realizadas até a conclusão dos trabalhos.

Para tanto, o defensor poderá adotar autos físicos ou digitais e, em resumo, seguirá a seguinte ordem, meramente exemplificativa: primeiro, a produção de uma capa, com as principais informações, como o número dos autos oficiais, o número dos autos da investigação criminal defensiva, o delito objeto da investigação, o nome das partes e do defensor; segundo, o termo de instauração do procedimento, com o nome do autor, o delito e as diligências iniciais, conforme prevê o art. 4º do Provimento 188/2018; terceiro, o termo de comunicação à OAB acerca da instauração da investigação, visando a maior formalidade e segurança do procedimento, inclusive anexando a resposta da OAB; quarto, cada diligência realizada pelo defensor deverá ser reduzida a termo e documentada nos autos, inclusive com a juntada dos relatórios produzidos e ordens de serviço à profissionais auxiliares; por fim, após colher formar o conjunto de elementos probatórios

que entender suficiente para subsidiar suas teses, o defensor deve proceder ao relatório final, apontando as conclusões sobre o fato e a linha de defesa que será desenvolvida nos autos principais.

Finalmente, como bem ensina Evinis Talon (2021), o defensor deverá verificar quais documentos irá juntar aos autos oficiais, se atentando para não gerar prejuízos ao cliente com a juntada ou retirada de qualquer um dos documentos produzidos, especialmente com o relatório final, que provavelmente conterà as principais teses defensivas e que não deverá ser levado a conhecimento público, sob pena de prejuízo dos trabalhos defensivos.

### **3.4 Instrumentos válidos para a investigação defensiva**

Finalmente, é importante salientar quais são as diligências ou instrumentos investigativos que poderão ser colhidos durante a investigação criminal defensiva, com a finalidade de formar o conjunto de elementos probatórios para a defesa do acusado.

Em preliminar, destaca-se que o art. 4º, do Provimento n. 188/2018 da OAB prevê que o defensor poderá realizar todas as diligências necessárias para a elucidação dos fatos, com a ressalva daquelas sujeitas à cláusula de reserva de jurisdição, apresentando um rol exemplificativo de instrumentos, veja:

Art. 4º Poderá o advogado, na condução da investigação defensiva, promover diretamente todas as diligências investigatórias necessárias ao esclarecimento do fato, em especial a colheita de depoimentos, pesquisa e obtenção de dados e informações disponíveis em órgãos públicos ou privados, determinar a elaboração de laudos e exames periciais, e realizar reconstituições, ressalvadas as hipóteses de reserva de jurisdição.

Nesse sentido, é evidente que se trata de rol meramente exemplificativo, havendo um campo vasto de atuação investigativa, desde que respeitadas as restrições constitucionais e legais. Diante disso, além das diligências previstas no art. 4º do Provimento, destaca-se dois instrumentos importantes para o defensor: a colaboração de profissionais de outras áreas e o uso das atas notariais.

#### **3.4.1 Colaboração de profissionais de outras áreas**

É evidente que nenhum profissional do direito é dotado de conhecimentos universais acerca de todas as áreas do conhecimento, de modo que a participação de

outros profissionais qualificados torna-se importante para o desenvolvimento do trabalho investigativo.

Dessa forma, a depender do caso concreto, o defensor poderá solicitar o auxílio de diversos profissionais para a elaboração de estudos, laudos técnicos e outros documentos que possam contribuir para a busca da verdade e a defesa dos interesses do cliente. Nesse sentido, o art. 4º, p.ú, do Provimento 188/2018 da OAB apresenta um rol exemplificativo de profissionais, note: “Parágrafo único. Na realização da investigação defensiva, o advogado poderá valer-se de colaboradores, como detetives particulares, peritos, técnicos e auxiliares de trabalhos de campo”.

Ou seja, a depender do delito a ser investigado, o defensor poderá se valer de inúmeros profissionais, que irão realizar seus pareceres técnicos de modo imparcial e com autonomia, não devendo o profissional do direito exigir que os demais colaboradores insiram informações fraudulentas nos documentos, sob pena de responsabilidade civil, penal e administrativa.

Desse modo, a título exemplificativo, a depender do caso concreto, o profissional do direito poderá contar com: contadores, em crimes tributários ou financeiros; engenheiros; médicos; peritos; técnicos em informática; detetives particulares e outros inúmeros profissionais.

Nesse contexto, é relevante uma breve ressalva acerca do detetive particular, função que foi disciplinada na Lei n. 13.432/17 e definida no art. 2º da seguinte forma:

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.

Note que a legislação conferiu ao detetive particular a função de colher informações e dados de natureza não criminal, ou seja, o referido profissional não pode ser utilizado em eventual investigação criminal defensiva de modo equiparado a autoridades policiais, como por exemplo, ordenando a oitiva de pessoas. Logo, o detetive particular poderá prestar serviços de caráter particular, apenas colhendo informações que poderiam ser arrecadadas por qualquer indivíduo, sob pena de nulidade absoluta das provas colhidas, conforme as lições de Marcus Vinícius Amorim de Oliveira (2020, p. 8):

O detetive particular age, digamos, como uma espécie de despachante do cliente, arrecadando informações de natureza não criminal, algo que poderia ser feito, vale frisar, por qualquer pessoa. Cuida-se de um contrato específico de prestação de serviços, caracterizado por ser do tipo sinalagmático, oneroso e *intuito personae*. A novel legislação não conferiu ao prestador do serviço qualquer prerrogativa ou vantagem na coleta de dados; antes disso impôs mais exigências na formalização da avença e admitiu o exercício dessa atividade somente dentro de certos limites.

Por fim, realizada a devida ressalva, após a produção dos estudos e laudos técnicos, o defensor irá analisa-los e combate-los com o restante dos documentos produzidos e a acusação que recaí sobre o acusado, verificando quais desses elementos poderão contribuir com a tese defensiva e irão compor o conjunto de provas que serão levadas até os autos oficiais para convencimento do juízo.

### 3.4.2 Atas notariais

A ata notarial também é um excelente instrumento a ser adotado na investigação criminal defensiva, especialmente para dar fé pública aos documentos colhidos pelo defensor e, conseqüentemente, maior segurança jurídica para a prova.

Nas palavras da Tabela do 15º Ofício de Notas do Rio de Janeiro Fernanda de Freitas Leitão (2023), a ata notarial pode ser conceituada como: “a narração objetiva de um fato presenciado ou verificado pelo Tabelião, que não chega a expressar o seu julgamento, mas qualifica aquilo que vê, ouve ou sente”.

Ou seja, a utilização da ata notarial tem o objetivo de dar presunção de veracidade ao documento que foi levado as mãos do Tabelião, no Cartório de Registro de Notas, elemento que pode se transformar em um grande aliado do defensor na investigação criminal defensiva, uma vez que ao particular não cabe as mesmas prerrogativas garantidas ao poder público, conforme abordado no tópico anterior.

No tocante a previsão legislativa, a ata notarial encontra respaldo constitucional e legal. Primeiro, no art. 236, da CRFB/88 há a previsão do serviço notarial e registral, garantindo o uso de tais instrumentos. Segundo, a Lei n. 8.935/94, nos arts. 6º, III e 7º, III, previu o uso da ata notarial para autenticar fatos ocorridos, permitindo o uso desse instrumento para dar a devida veracidade a um fato ou documento colhido pelo defensor. Terceiro, o Código de Processo Civil de 2015, que poderá ser aplicado de forma subsidiária ao processo penal, nos termos do art. 3º do CPP, previu a ata notarial como

meio hábil de prova para atestar determinado fato, inclusive dados por imagem ou sons, conforme prevê o art. 384 do referido texto normativo:

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.

Nesse sentido, a título exemplificativo, o defensor poderá se valer da ata notarial para dar fé pública a determinados documentos particulares; a testemunhos colhidos; possíveis mensagens transmitidas por meios eletrônicos, como as redes sociais; vídeos ou áudios recebidos ou enviados, entre outras diversas possibilidades.

É notória a importância do uso do instrumento da ata notarial na investigação criminal defensiva, que será essencial para maior segurança jurídica aos documentos produzidos e no efetivo convencimento do juízo.

#### **4. Conclusão**

A partir da produção do presente trabalho evidenciou-se que o sistema jurídico exige progressivamente mais qualificação de seus atores, sejam eles atuantes na esfera pública ou privada, sendo demonstrado na prática que os profissionais que não buscarem a constante evolução e aprendizado perderão facilmente os seus lugares de atuação.

Nesse contexto, frente a necessidade de uma atuação vívida e técnica do defensor, ganha destaque nos debates acadêmicos e jurisprudenciais o instrumento da investigação criminal defensiva, como forma de sofisticar o trabalho defensivo no processo penal, além de garantir a ampla defesa e o contraditório por parte daquele que está submetido a um procedimento investigativo ou ação judicial por parte do Estado.

Diante disso, para desenvolver a pesquisa, foi realizada uma dupla via de análise. A primeira, se debruçou sobre os principais fundamentos teóricos que permeiam esse instituto jurídico, enquanto a segunda apresentou os aspectos práticos presentes na condução da investigação criminal defensiva, como a ausência de prerrogativas públicas e a estruturação básica do procedimento.

Em conclusão, pode-se dizer que a investigação criminal defensiva é um importante instrumento de defesa e deve ser utilizada como forma de auxílio na busca pela verdade processual e na tutela dos direitos do cliente/assistido, mesmo diante da lacuna legislativa e das dificuldades práticas que o patrono encontrará durante a condução das diligências.

Ademais, frisa-se que as investigações devem sempre ser conduzidas sob a égide da legalidade, com o devido respeito às normas constitucionais, infraconstitucionais e éticas, ou seja, o uso desse procedimento jamais poderá ser utilizado com o intuito de prática de atos ilícitos, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa do defensor e de seu cliente.

Por fim, insta salientar que o presente trabalho não buscou esgotar a temática, inclusive pelo fato de diariamente surgirem novas discussões e argumentos sobre o assunto, sendo, portanto, um ponto de partida para a continuidade das pesquisas acerca desse instigante instrumento de defesa.

## 5. Referências Bibliográficas

BACH, Marion.; STOCO, Isabela. **Investigação defensiva e os (novos) paradigmas do processo penal**. Canal Ciências Criminais, 2019. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/investigacao-defensiva-e-os-novos-paradigmas-do-processo-penal/>. Acesso em: 02 ago. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 8.045/2010**. Altera o Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689/41). Brasília, 2010. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/490263>>. Acesso em: 23 ago. 2023

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília -DF, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 02 de ago. 2023.

BRASIL. **Provimento n. 188/2018**, publicado em 11 de dezembro de 2018. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Brasília - DF, 2018. Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>. Acesso em: 02 de ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 593.727/MG**. Partes: Jairo de Souza Coelho e Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Min.

Cezar Peluso. Brasília, 14 maio. 2015. Disponível no site eletrônico do Supremo Tribunal Federal, seção “Jurisprudências”. Acesso em: 16 ago. 2023.

CAPEZ, Fernando. **Investigação defensiva e princípio da ampla defesa**. Revista Consultor Jurídico. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-19/controversias-juridicas-investigacao-defensiva-principio-ampla-defesa#:~:text=1%C2%BA%20conceitua%20investiga%C3%A7%C3%A3o%20defensiva%20como,jurisd%C3%A7%C3%A3o%2C%20visando%20%C3%A0%20obten%C3%A7%C3%A3o%20de>. Acesso em: 23 ago. 2023.

CAPPI, Flávio Eduardo. **Reforma do CPP e investigação defensiva: paridade de armas e aparente inovação**. Revista Consultor Jurídico. [s.l], 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-set-21/flavio-cappi-reforma-cpp-investigacao-defensiva>>. Acesso em: 19 de set. 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

FREITAS LEITÃO, Fernanda de. **Ata notarial e a sua multiaplicabilidade**. Migalhas. [s.l], 2023. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/391174/ata-notarial-e-a-sua-multiaplicabilidade>>. Acesso em: 12 set. 2023.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Novo dicionário básico da Língua Portuguesa Folha/Aurélio**. Folha de São Paulo, 1988.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: Volume Único**. 11ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2022.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JUNIOR, Aury.; ROSA, Alexandre Morais da.; BULHÕES, Gabriel. **Investigação defensiva: poder-dever da advocacia e direito da cidadania**. Revista Consultor Jurídico. [S.I], 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-01/limite-penal-investigacao-defensiva-poder-dever-advocacia-direito-cidadania>. Acesso em: 23 ago. 2023.

LOPES JUNIOR, Aury.; ROSA, Alexandre Morais da. **Investigação Defensiva melhora a competitividade penal**. Revista Consultor Jurídico. [S.I], 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-06/investigacao-defensiva-melhora-competitividade-penal#:~:text=Ataque%20e%20defesa%20no%20jogo,a%20breve%20disposi%C3%A7%C3%A3o%20do%20art>. Acesso em: 30 ago. 2023.

OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. **Ministério Público e investigação criminal defensiva: desafios e algumas propostas**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro n° 76. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <[https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904621/Marcus\\_Vinicius\\_Amorim\\_de\\_Oliveira.pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904621/Marcus_Vinicius_Amorim_de_Oliveira.pdf)>. Acesso em: 19 set. 2023.

SILVA, César Dario Mariano da. **A inconstitucionalidade da investigação defensiva instituída pela OAB**. Revista Consultor Jurídico. [S.I], 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-28/cesar-dario-inconstitucionalidade-investigacao-defensiva>. Acesso em: 30 ago. 2023.

TALON, Evinis. **Investigação Criminal Defensiva**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.