

Novas tecnologias e a transformação cognitiva no processo penal

Alexandre Morais da Rosa e Yuri Felix

O debate aqui proposto é incipiente no espaço da justiça criminal, demanda muita reflexão e, acima de tudo, uma espécie de abertura epistêmica a novos saberes capazes de promover um salto qualitativo na prestação jurisdicional nesta quadra histórica marcada pela complexidade.⁽¹⁾ É certo que o desafio de todos os dias no ambiente forense é o de conseguir compreender as diversas perspectivas sobre o fenômeno jurídico, enfim, sobre o caso que se precisa enfrentar. Afinal de contas, selecionar o material jurídico (princípios, regras, jurisprudência, doutrina, etc.) que incidirá na compreensão dos fatos atribuídos – comprovados e não comprovados –, que, por sua vez, darão consistência e coerência à decisão judicial, demanda a leitura realista do ambiente singular do jogo⁽²⁾ processual penal. Isso porque o sentido será sempre atribuído no tempo e no espaço em face de um contexto. A seleção de argumentos vencedores – dominantes/dominados – demanda atualmente grande esforço cognitivo, porque além dos Direitos Humanos, da Constituição da República, das Leis, Decretos regulamentadores, existe toda uma gama de *soft law*, a saber, muitas regulamentações infraconstitucionais (protocolos, resoluções, portarias, etc.). Por outro lado, conjugam-se as possibilidades de sentido atribuídas por Tribunais (STF, STJ, TRFs, TJs, Turmas Recursais). O trabalho e a manutenção das fontes necessárias ao julgamento é sempre uma tarefa árdua, dialogando com as capacidades cognitivas limitadas dos agentes (heurísticas, vieses, inteligência, memória, percepção, atenção, etc.).

Assim, a transformação digital precisa se fazer ver no Direito Processual Penal, compondo o ambiente forense de fontes de informação adequadas e estruturadas, capazes de aprender a auxiliar no processo de argumentação e de decisão. Isso porque não se recordar ou desconhecer uma “portaria”, por exemplo, pode levar a um resultado desastroso. O papel da tecnologia, provida de Inteligência Artificial, mostra-se como disruptivo. O velho modelo de decisão calcado nas capacidades individuais demanda a conjugação de mecanismos tecnológicos capazes de ampliar o horizonte de credibilidade, trazendo, por exemplo, o *Big Data* como auxiliar importante.

Operador do Direito é uma categoria que se pensa altamente racional, capaz de tomar sempre a melhor decisão em face do domínio dos fatos e do Direito. Essa visão imaginária é uma redução necessária da complexidade do mundo, da vida, para dar conta, mais ou menos, das atividades do dia a dia forense. O problema não é operar a partir dela, mas acreditar em sua veracidade sem certa dose de ceticismo. O que se pretende é um breve deslocamento na fé, na crença, de que os juristas são capazes de dominar o mundo. Enfim, a pretensão é inserir uma dose de realismo (não necessariamente o jurídico, da escola americana ou escandinava), dotando o jogador (denominação de quem participa do jogo processual/investigativo) de ferramentas teóricas hábeis ao estabelecimento de expectativas de comportamento decisório, tendo em vista as recompensas dos agentes reais que intervêm na relação do jogo.

Para se portar em cada contexto do jogo será necessário a todo tempo tomar decisões, especialmente do que invocar e do modo como serão expostas. Os decididores fazem uma espécie de contabilidade mental (*mental accounting*), sempre com as informações disponíveis, com a capacidade de atenção que tiverem, bem como com o mapa mental de que dispuserem. Nesse modo de decidir, a razão é um dos fatores que dialoga com outros campos, em especial com emoções, intuições e o imponderável⁽³⁾ (efeito borboleta).

Além disso, os traços individuais dos jogadores, em cada contexto, pode ser fator decisivo para modificação de postura, como se verifica na hipótese do risco, da sensação de segurança ou aposta, em que, a partir de uma referência eleita, um jogador adota atitudes de arriscar ou manter o conquistado. Em outras palavras, existem os que são mais arrojados – amantes do risco – e os conservadores – avessos ao risco. Em geral, sente-se mais perder algo do que deixar de ganhar, o que pode ser muito importante no campo da Justiça Negocial, por exemplo (os descontos de pena, as táticas de pegar e largar, promoções, etc.). Este traço depende também do contexto em que a decisão é tomada, implicando, assim, a necessidade de se dominar o máximo de informações qualificadas sobre o que efetivamente está em jogo. Mas como as informações demandam custos de obtenção, organização e predição, surgem novos desafios, até porque pode ser considerável o volume de informação precisa de um esquema eficiente de leitura e compreensão. Sem isso, por exemplo, não adianta imprimir todas as decisões ou acórdãos dos julgadores, porque faltará o mecanismo de tratamento dos dados, com perda na capacidade de predição. Logo, além do acesso às informações, será necessário que se tenha capacidade de estruturação de dados e de mecanismos automatizados e/ou de inteligência artificial capazes de auxiliar no estabelecimento de expectativas de comportamento decisório.

Para isso, é claro que a revolução tecnológica e informacional exige a atitude de rever velhas práticas costumeiras, especialmente por quem se acha capaz de manter o antigo modo de decisão, mas que atualmente, com um pouco de realismo, encontra-se defasado. O tempo, a aceleração, a permanente urgência⁽⁴⁾ e a velocidade da informação lançam novos desafios aos agentes da lei, cujo papel restou alterado.

Assim, mantida a necessidade do fator humano no processo de atribuição de sentido, especialmente para singularização das situações jurídicas, o esquema decisório no Direito pode ampliar o custo da informação necessária para uma decisão qualificada, além de reservar a capacidade cognitiva e intelectual para o que realmente importa. Preparar o procedimento decisório com mecanismos automatizados, reservando momentos em que o fator humano precisa incidir, constitui-se no novo horizonte do manejo da inteligência artificial. Claro que não se trata de substituir o humano, até porque no desenho do dispositivo – especialmente na construção do algoritmo – dependeremos do fator humano. E para isso, apesar de se poder dominar todos os momentos da produção da decisão, mormente

nas demandas judiciais repetitivas e com pouca necessidade de verificação probatória (demandas repetitivas, consolidadas, súmulas vinculantes, etc.), o estabelecimento de padrões de comportamento decisório pode autorizar a eficiência da Jurisdição, inclusive em matéria probatória (*standard* probatório).

De qualquer forma, um dos pontos que pode ser encarado como óbice é o da singularidade de cada caso. Longe de querer estabelecer os protocolos decisórios do cotidiano, o uso de inteligência artificial pode ampliar a capacidade cognitiva, facilitando o caminho decisório, evitando assim o trabalho manual e repetitivo, dotando o processo penal de carga cognitiva relevante, íntegra e adequada a decisões mais justas, mantido o sujeito humano no centro do poder decisório.⁽⁵⁾

Notas

- (1) FRANCO, Alberto Silva. Na expectativa de um novo paradigma. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Universidade de Coimbra, v. I. p. 330, 2009, p. 330.
- (2) CALAMANDREI, Piero. 'Il processo come giuoco'. *Opere Giuridiche*. v. I. Napoli: Morano, 1965.
- (3) MŁODINOW, Leonard. *O andar do bêbado: como o acaso determina nossas vidas*. Trad. Diego Alfaro. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

- (4) OST, François. *O Tempo do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 359.
- (5) CASTANHEIRA NEVES, A. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema - os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Universidade de Coimbra, v. LXXIV, 1998; e, do mesmo autor, *O Direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

Alexandre Morais da Rosa

Doutor em Direito pela UFPR. Juiz de direito do TJSC.
Professor de Direito da UFSC e da UNIVALI.
ORCID: 0000-0002-3468-3335
alexandremoraisdarsa@gmail.com

Yuri Felix

Doutor em Ciências Criminais pela PUCRS.
Professor de Processo Penal da ABDConst, EPD e UCS.
ORCID: 0000-0003-1494-9535
advyuri@gmail.com

Recebido em: 09.08.2019
Aprovado em: 09.08.2019
Versão final: 12.08.2019

Lineamentos da investigação criminal defensiva no Provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB

Édson Luís Baldan

Invariavelmente, ao defensor sempre foi reservado um papel secundário, quase marginal, na etapa da investigação preliminar, desenvolvida quase soberanamente pelo delegado de polícia. Uma atuação defensiva, em regra, mostrou-se tímida ou ausente. Tratado, com frequência, como verdadeiro empecilho à marcha das investigações, onde nem sempre direitos individuais são tomados na devida conta, sequer se assegurava ao advogado a efetividade do direito de requerimento de diligências à autoridade policial (CPP, 14) já que estas seriam realizadas, ou não, a “juízo” desse investigador. Em geral a denegação da medida solicitada pelo defensor vinha arrimada num juízo arbitrário de pura oportunidade e conveniência da investigação estatal, quando deveria ser este um juízo decorrente da análise da estrita legalidade do que se requeria, vale dizer, somente seria legítima a inadmissão da medida pleiteada que afrontasse a legalidade.

Não raramente, os autos policiais tornam-se indevassáveis ao advogado, malgrado dicção clara de seu código diceológico-deontológico (Lei 8.906/1994, artigo 7º) e de expressa norma jurisdicional posta pelo Supremo Tribunal Federal, consubstanciada na Súmula Vinculante 14, que reconhece como “*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*”.

Ademais, cartesiana repartição funcional e compartimentação

estrutural, outrora defensáveis na seara da investigação penal, viram-se rompidas de modo relevante em dois momentos recentes: em 2015, quando norma jurisdicional emanada do Supremo Tribunal Federal em caráter vinculante (RE 593.727/MG) deliberou pela legitimidade do exercício investigatório direto pelo órgão da acusação e, em 2017, quando norma legal (Lei 13.432/2017) conferiu ao detetive particular autorização condicionada para empreender apurações de natureza criminal.

Paralelamente, pouco se avançou em termos de protagonismo defensivo investigatório. Ainda que assentado explicitamente em normas legais e constitucionais ser o advogado reputado indispensável à administração da Justiça (CRFB, 133), constituindo seus atos um múnus público porque decorrentes do exercício de função de caráter social e da prestação de serviço de natureza pública. Verdade é que o advogado vem sendo, reiterada e crescentemente, obstaculizado em seu exercício profissional, vilipendiado em suas prerrogativas funcionais, esbulhado em seu direito de defesa, aviltado na desconstrução de seu nobre papel social, seja durante a fase da investigação preliminar, quer em etapa subsequente quando, nos átrios forenses, sobrepairam autoproclamados semideuses. Olvida-se que o advogado também possui legitimidade para o exercício da ação penal e, por implicação lógica, numa relação de *minus a plus*, detém o poder implícito de investigar para acusar.

Essa constatação é preocupante quando notório que a investigação preliminar não se vincula, sob o aspecto finalístico, unicamente à