

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) MLODINOW, 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 Moraes 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

alexandremoraisdarosa@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

formação da *opinio delicti* do acusador (como pretende a equivocada e monocórdica dogmática pátria), servindo, também, a subsidiar o juízo de rejeição da mesma acusação, de absolvição sumária do imputado, de aferição de justa causa à decretação de medidas cautelares, de convencimento subsidiário na sentença de mérito, bem como de outras decisões em que avultam os interesses da defesa e que são proferidas com arrimo nos elementos de convicção amealhados, exclusiva ou preponderantemente, em sede investigatória.

Bem por isso, resta evidente que confinar o advogado à inércia, sem qualquer protagonismo relevante na fase investigatória, privando-o do direito de se defender provando, implica ferimento irreversível à cláusula constitucional do devido processo legal e um inadmissível estreitamento ao direito ao contraditório e à ampla defesa. Nesse sentido, a mencionada decisão do Supremo Tribunal Federal, ao entender pela constitucionalidade do exercício da investigação criminal direta pelo órgão do Ministério Público, deve, em única hermenêutica constitucional possível, ser interpretada no sentido de estarem implicitamente conferidas análogas e simétricas atribuições investigatórias em favor da advocacia criminal. A cláusula constitucional regente do devido processo legal restaria violada caso conferidos poderes à parte acusatória em situação não isonômica com aqueles direitos confiados à parte defensiva, em qualquer fase da persecução penal, inclusive na antejudicial.

Investigar não é atividade inédita ou estranha à lida defensiva. Também por isso, uma análise desarmada e criteriosa do Provimento CFOAB 188/2018, pioneira norma disciplinadora da investigação defensiva no Brasil, revelará que tal diploma administrativo de natureza meramente regulamentar não inova a ordem jurídica e tampouco veicula qualquer dispositivo que tenha o potencial de restringir ou privar o exercício de quaisquer dos direitos individuais consagrados em sede constitucional, mesmo aqueles não sujeitos à reserva de jurisdição. Também não obstrui ou embaraça a atuação de quaisquer agentes ou agências estatais envolvidas na persecução criminal. Fala-se, simplesmente, na sistematização do salutar direito de o advogado defender-se provando, essência do mister defensivo, imprescindível à prestação de “Justiça” (em sua mais elevada pureza semântica).

O Provimento CFOAB 188/2018 sobrevém num quadro anômico, com a generalizada percepção de que o sistema de justiça criminal brasileiro passa a operar sob paradigmas éticos em que a busca da eficiência punitivista justificaria o solapar daquelas garantias de tradição iluminista, muitas, senão todas, albergadas pela ordem constitucional edificada sobre os escombros de nossa última ditadura civil-midiática-empresarial-judiciária-militar.

O conceito que elaboramos, ao final encampado pelo Provimento CFOAB 188/2018, fornece os contornos conceituais, objetivos, subjetivos e teleológicos da investigação defensiva. Deve esta ser compreendida como 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, procedimento ou grau de jurisdição, visando à coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção tendentes à constituição de acervo probatório lícito que, no exercício de sua parcialidade constitucionalmente assegurada, empregará para pleno gozo da garantia do contraditório e da ampla defesa do imputado ou, ainda, para tutela de direitos da vítima ou de parte civil interessada.*

Conquanto constitua espécie do gênero investigação criminal, são identificáveis marcantes traços distintivos da investigação defensiva

em cotejo com suas análogas policial e ministerial, decorrentes de uma conformação principiológica referenciada a seu conceito, fins e limites normativos. Extraem-se como princípios da investigação defensiva:

a) *Legalidade*: seu exercício decorre da conjugação de princípios e regras, extraídos dos níveis ordinário, constitucional e supraconstitucional, consubstanciando o Provimento 188/2018 tão somente uma sistematização normativa pelo competente órgão máximo da advocacia nacional;

b) *Oportunidade*: sua instalação deriva da análise da oportunidade e conveniência da medida, sob o prisma da maior eficiência na defesa do imputado ou, também, na tutela de direitos da vítima ou parte civil;

c) *Disponibilidade*: o defensor, no exercício de sua parcialidade constitucional, deve decidir pelo momento de promoção, sobrestamento e finalização das diligências, bem como pelo aproveitamento integral ou parcial do produto da investigação ou, ainda, pelo seu simples descarte total, se recomendável à garantia exclusiva dos direitos de seu assistido;

d) *Unidirecionalidade*: ao exercer um múnus público na defesa de direitos de seu constituinte, age o advogado, sempre, guiado pela parcialidade, motivo pelo qual, diferentemente do que ocorre na investigação policial ou ministerial (em tese pluridirecional), pode e deve o defensor promover a coleta seletiva dos elementos de convicção valiosos, exclusivamente, ao atendimento dos interesses de seu representado, descartando aqueles outros inservíveis a esses fins (cujo achado remanesce sob encargo legal dos investigadores estatais);

e) *Multiformalidade*: altamente recomendável que todas as atividades empreendidas pelo advogado e seus assistentes sejam, sem maior rigor de trâmite ou rito, progressivamente documentadas nos autos (físicos ou eletrônicos) de seu *inquérito defensivo*, como mecanismo de prestação de contas ao assistido e de demonstração da lisura e legitimidade de seu trabalho, no entanto inexistindo óbice a que as diligências investigatórias sejam efetivadas sem recurso a esse instrumento de catalisação documental, dada sua natureza multiforme;

f) *Confidencialidade*: ungida pelo sigilo legal que, obrigatoriamente, preside a atuação do advogado e pela confidencialidade exigível na relação com seu assistido (somente por este disponível), as informações e documentos enfeixados no inquérito defensivo não são devassáveis sequer por outro defensor, menos ainda por agentes públicos (em especial aqueles que, potencialmente, figurarão como parte adversa da defesa na fase judicial);

g) *Transversalidade*: seu exercício perpassa por todo o curso da persecução penal e, mais, pode efetivar-se em momento ainda anterior ao do início da investigação preliminar (policial ou ministerial) ou operar-se em instante posterior ao encerramento da etapa da instrução e julgamento, pois não representa, repita-se, um instrumento defensivo necessariamente contraposto em simetria a eventual investigação estatal vez que, por sua própria definição normativa, pode ser exercitado em qualquer fase, procedimento ou grau de jurisdição, independentemente da preexistência de qualquer ato de persecução formalizado (em curso ou finalizado) pelas agências oficiais;

h) *Inquisitividade*: constituindo instrumento de exclusiva atuação defensiva, regido pela confidencialidade na relação do advogado com

seu assistido, intuitivo que o conteúdo da investigação defensiva não seja aberto ao conhecimento da parte adversa ou de terceiros interessados no caso penal, visando ao exercício de impensável contraditório, sendo mais consentâneo com a garantia do devido processo legal que os elementos sejam colhidos de maneira sigilosa, unilateral e unidirecional;

i) *Incoercibilidade direta*: tratando-se de mecanismo defensivo para tutela, em regra, de direitos de parte, malgrado conduzido pelo defensor que exerce múnus público, não está a investigação defensiva vocacionada ou autorizada a avançar sobre a esfera de liberdades individuais, motivo por que dela não podem derivar privação ou restrição de liberdade (v.g. por prisão temporária ou condução coercitiva) ou afastamento de qualquer outra garantia sujeita à reserva de jurisdição (sigilo telefônico, bancário, fiscal, inviolabilidade domiciliar etc.). A coercibilidade mediata poderá, todavia, resultar de eventual propositura às autoridades legitimadas a requerer ou representar por tais medidas cautelares (v.g. quando o advogado esteja a representar a vítima na investigação de autoria e materialidade de infração penal).

A investigação defensiva, sem exclusão de outras finalidades expressas ou tácitas, orienta-se, teleologicamente, à tutela de direitos vários do imputado, vítima ou parte civil, objetivando a identificação de fontes de prova para potencial emprego em: a) rejeição ou recebimento de denúncia; b) rejeição ou recebimento da queixa-crime; c) formação do juízo de absolvição sumária; d) decretação ou denegação de medidas cautelares; e) decisão final de mérito; f) atribuição ou refutação da condição de indiciado ou imputado no inquérito policial ou outro procedimento investigatório; g) atribuição ou negação da condição de autor do fato nos procedimentos de competência dos Juizados Especiais Criminais; h) proposta de acordo de colaboração premiada; i) razões de recurso em geral; j) ação de revisão criminal; k) mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas corpus*, *habeas data*, ação popular e ação civil pública; l) atividades de compliance; m) demonstração de ofensas a direitos individuais do preso condenado ou provisório; n) verificação da violação a direitos individuais no âmbito do sistema de justiça criminal.

Semprejuízo da identificação de outras fontes de provas, a depender da natureza e das exigências do caso singular, poderá o defensor promover diretamente as seguintes diligências investigatórias: a) ter acesso a documentos em poder da administração pública e deles extrair cópias às suas expensas, nos termos da lei; b) pesquisar dados e informações disponibilizados na rede mundial de computadores, em domínios públicos ou privados, deles formando extrato ou providenciando ata notarial para instrução do inquérito; c) expedir notificações, diretamente através de qualquer meio de comunicação ou, ainda, pelas vias extrajudicial ou judicial; d) realizar colóquios informais com vítimas, testemunhas e imputados, como medida preliminar a eventual inquirição formal, podendo promover registro audiovisual do ato, desde que anuentes as pessoas dele participantes; e) proceder à oitiva formal de vítima, testemunha ou imputado, precedida, em qualquer caso, de notificação pessoal, podendo promover registro audiovisual do ato, desde que anuentes as pessoas dele participantes; f) encomendar a perito privado a realização de exame de corpo de delito, pareceres e demais exames periciais sobre locais, coisas, pessoas, substâncias e documentos, encartando aos autos o respectivo laudo; g) requerer, através da autoridade policial ou judicial, exame pericial inicial ou complementar;

h) vistoriar locais públicos ou de acesso público para levantamentos fotográficos, audiovisuais, gráficos ou descritivos, elaborando o respectivo auto de inspeção; i) inspecionar, para idênticos fins do item anterior, locais resguardados pela inviolabilidade domiciliar, desde que presente o prévio e expresso consentimento válido do respectivo morador ou, então, mediante antecedente autorização judicial, vedada, em qualquer caso, a realização de buscas, a apreensão de coisas ou a alteração do estado destas; j) apreender coisas e documentos de interesse da formação da prova material, observada a restrição prevista no artigo 6º, I, do Código de Processo Penal; k) requerer a produção antecipada de prova na hipótese de injustificada recusa de comparecimento de testemunha, vítima ou imputado, nos termos da lei; l) expedir ordem de serviço a detetive particular ou outro profissional externo, contendo o detalhamento da natureza da diligência a ser realizada, a indicação dos meios para execução e a fixação de prazo para conclusão, com posterior juntada do relatório respectivo; m) coletar e acondicionar material de mídia digital, em qualquer formato, para instrução, como apenso, do inquérito defensivo, sem prejuízo de sua transcrição ou degravação total, parcial ou sumária nesses autos; n) realizar reprodução simulada do fato criminoso, observados os imperativos de segurança e decoro da diligência; o) entranhar aos autos do inquérito defensivo e neles manter unicamente os elementos de convicção de interesse da defesa de direitos de seu constituinte.

A investigação criminal direta pelo advogado restaura a cláusula do devido processo legal ao restabelecer formalmente a paridade de armas entre acusação e defesa, aperfeiçoa a qualidade e quantidade da prova servível a múltiplos fins, extra e endoprocessuais, assim reduzindo a probabilidade de erro judiciário. Enriquece o culto às ciências afins ao Direito Penal, em especial Criminalística, Criminologia e Medicina Legal. Não tumultua, embaraça ou obstrui eventual investigação estatal ou instrução judicial pois, repita-se, destas independe e porque segue sempre um curso paralelo, sem tangenciá-las ou interceptá-las. Trata-se de modelo com sua eficácia comprovada após ampla e duradoura aplicação em países dotados de sistemas de justiça criminal bastante complexos, inexistindo razões para supor que diverso será seu desfecho no Brasil.

O avelantado modelo de apuração criminal do “tudo pela polícia, tudo para o MP” é espectro que vaga insepulto, amparado apenas na visão estreita e ultrapassada de quem, sequestrado pela intransigência do anacronismo dogmático (que é oxímoro) ou do corporativismo estrábico (que é pleonismo) ainda não alcançou uma interpretação sistemática e atualizada do Direito, menos ainda uma compreensão veraz da Justiça. Tal postura pode ser a mais cômoda ou conveniente; jamais a correta. Investigação criminal é expressão que, doravante, deve-se aprender a conjugar no plural, pois impossível seja uníssono o que é, em sua essência, multívoco.

Édson Luís Baldan

Pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra, Portugal. Pós-graduado em Criminologia pela Universidade de Leicester, Inglaterra.

Professor Doutor de Direito Penal da PUCSP.

ORCID: 0000-0002-4649-7775

edsonbaldan@gmail.com

Recebido em: 03.07.2019

Aprovado em: 06.08.2019

Versão final: 08.08.2019