

Gamil Föppel: Regulamentação da investigação defensiva

Em um contexto de completa consolidação da inversão do ônus da prova, em que a pretensão acusatória se satisfaz, no mais das vezes, em indícios muito pouco consistentes (quando não, simplesmente, em delações cruzadas ou sem qualquer corroboração), reduzindo-se, ademais, os meios pelos quais a defesa pode demonstrar suas alegações (quase como uma subversão do antigo sistema da prova tarifada, em que simplesmente se exclui o valor, somente para defesa, de determinados meios de prova), exige-se do advogado (tanto o criminalista, quanto todos aqueles voltados à prática forense nas diversas vertentes do direito sancionador) uma postura mais proativa na produção dos elementos de convicção do órgão julgador.

Nesse sentido, insere-se a necessidade de se empreender efetivas investigações defensivas, angariando contraprovas aos elementos de informação colhidos pelos órgãos de persecução.

Evidentemente, não se trata de um tema novo^[1], muito menos desconhecido daqueles que militam na área criminal, já existindo diversos instrumentos que, ainda que de forma muito longe da ideal, permitem ao advogado reunir elementos que sirvam à defesa de seu constituinte.

Assim, apenas como exemplos ilustrativos, o direito de petição e certidão às repartições públicas (art. 5º, XXXIV, CRFB/88), a lei de acesso à informação (Lei n.º 12.527/2011), bem como a possibilidade de indicação de assistentes técnicos para o confronto da prova pericial (art. 159, §§ 5º e 6º, CPP), revelam-se mecanismos adequados, muito embora insuficientes, para defesa desincumbir-se do seu múnus.

Faltava, contudo, uma sistematização da investigação defensiva, regulamentando expressamente os limites éticos-disciplinares da atuação do advogado (mormente atinentes aos constantes conflitos de interesses que inexoravelmente exsurtem da prática forense), além de conferir-lhe poderes mais abrangentes que, realmente, permitissem uma ideal paridade de armas com a acusação.

Nesse contexto, em dezembro de 2018, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil aprovou resolução^[2] que, mesmo de modo bastante tímido, iniciou a possibilidade de um debate mais bem organizado acerca do tema.

Ainda que a iniciativa seja merecedora de elogios, não está imune a críticas que visam ao seu aperfeiçoamento.

De início, uma questão não foge do óbvio: sem poderes para legislar em matéria de processo penal, a nova resolução tem abrangência muito limitada (o que não retira seu mérito). Quando muito, estabelece diretrizes disciplinares da atuação do advogado no âmbito interno do próprio órgão de classe (no exercício da sua atribuição fiscalizatória da profissão). Desse modo, está longe de estabelecer uma prerrogativa legal do advogado investigar.

Em relação a essa questão, a atuação do órgão de consultoria legislativa do Conselho Federal da OAB revela-se fundamental para elaboração de anteprojeto de lei que possa ser apresentado ao Poder Legislativo.

Deve-se, então, manter a cautela para que condutas do advogado (como a colheita de depoimento de testemunhas, previamente à audiência policial ou judicial, expressamente previstas na resolução) não sejam encaradas pelos órgãos de persecução como práticas tendentes à obstrução das investigações. A resolução, por mais bem-intencionada, não criou justificativa para atuação do advogado.

Também por consistir em simples resolução, não se estabelece efetivos poderes de investigação ao advogado. A luta pela paridade de armas deve necessariamente avançar para alterações legislativas consistentes (inclusive, com discussão já iniciada no projeto de reforma do Código de Processo Penal^[3]), abarcando, por exemplo, determinados poderes requisitórios do advogado, tanto no procedimento de investigação preliminar, quanto na instrução em juízo.

A efetiva crítica à resolução, contudo, está na perigosa manutenção da indistinção da atuação do advogado que instrui acordos de delação premiada (ou mesmo de leniência) com aqueles que não aderem a tal prática no contexto do mesmo caso penal.

A insistência com que se reduz, de forma acrítica, a delação premiada a um simples meio de defesa é extremamente perigosa e fecha os olhos a problemas que tão constantemente exsurgem, notadamente na realidade das novas grandes operações policiais^[4].

Ainda, não se estabelecer uma adequada regulamentação do conflito de interesses na advocacia que se alinha colaboracional^[5], prevendo limites éticos, especialmente para se evitar uma nefasta manipulação no conteúdo das delações, é absolutamente temerário e deveria ser uma preocupação do Conselho Federal da OAB anterior a qualquer medida acerca da investigação defensiva.

Com efeito, a indistinção constante da nova resolução da OAB gera um grave problema sobre a gestão da prova. Se os resultados da investigação podem permanecer ocultos, sempre à mercê da autorização do constituinte, como preservar a cadeia de custódia da prova para que o sujeito eventualmente delatado possa adequadamente impugná-la? E, pior, como garantir a ausência de manipulação do conteúdo ou mesmo a seleção arbitrária do material apresentado?

Não se deixa de prever, com desalento, o cenário que se avizinha: delações premiadas com prova de corroboração decorrente de investigações ocultas...

Ainda que a prova venha a ser repetida (ou, ainda, posteriormente divulgada a investigação), não há segurança clara quanto à sua higidez.

Quando o consenso da doutrina exige mais transparência em tal meio de obtenção de prova, a resolução continuou a apostar no obscurantismo, decorrente de uma inexplicável ausência de regulamentação de um instituto, ainda que importante para apuração de crimes complexos, com claras e graves distorções evidentes na realidade atual.

Propõe-se, então, um necessário afastamento da investigação defensiva propriamente dita (abarcada pela garantia a não autoincriminação e, portanto, não tributária de qualquer dever de informação aos órgãos de persecução) daquela voltada à delação, impondo-se deveres mais claros quanto a esta última, inclusive de preservação de todos os elementos angariados, com maior clareza sobre a responsabilidade do advogado.

E, por fim, que a atuação da OAB não se limite à edição de uma simples resolução, mais avance a práticas mais concretas, que efetivamente garantam o exercício da investigação defensiva com mais segurança e eficácia.

[1] Cf. MACHADO, André Augusto Mendes. Investigação criminal defensiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010; BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 15, n. 64, p. 253-273., jan./fev. 2007; DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. A advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 26, n. 150, p. 145-187., dez. 2018.

[2] Acesse o texto aqui: <https://www.conjur.com.br/https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/norma-conselho-federal-oab-investigacao-1.pdf>. Para um breve histórico da proposição, registrando os merecidos créditos para quem de direito, confira-se: <https://www.ibccrim.org.br/noticia/14424-Conselho-Pleno-da-OAB-aprova-resolucao-que-regulamenta-investigacao-por-parte-da-defesa>

[3] VILARES, Fernanda Regina; BEDIN, Guilherme Augusto Campos; CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Investigação criminal: o Projeto de Código de Processo Penal e investigação defensiva. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 22, n. 107, p. 309-336., mar./abr. 2014.

[4] Acerca do tema, já nos manifestamos em outros textos: <https://www.conjur.com.br/2016-jan-19/necessidade-respeito-principio-legalidade-delacao> e <https://www.conjur.com.br/2016-abr-13/mpf-inova-cria-suspensao-prescricao-ilegal-acordo-delacao>

[5] Não faltam sugestões: VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de; SOUSA, Matheus Herren Falivene de. Código de ética da advocacia na justiça criminal negocial: proposta de regras deontológicas para integridade defensiva na colaboração premiada. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 26, n. 303, p. 13-15., fev. 2018.

Date Created

16/01/2019