

O Provimento nº. 188/2018 e a Investigação Defensiva: uma nova frente de atuação da advocacia no Direito Penal Informático

Augusto Eduardo de Souza Rossini¹

Spencer Toth Sydow²

Em agosto de 2018 a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei Federal nº. 13.709/18) trouxe novidades no rol de serviços que podem ser prestados pela advocacia brasileira para a sociedade.

Diversas bancas e advogados passaram a oferecer consultoria e serviços de *compliance*, especialmente no período de *vacatio* da lei, que a princípio entraria em vigor em agosto de 2020, ou seja, 24 meses após sua publicação.

Com as figuras profissionais de controlador e operador de dados apresentadas no artigo 37 da aludida lei, surgiram debates acerca da criação de um denominado *Chief Information Officer* ou Encarregado Chefe das informações nas empresas, cargo que eventualmente poderá ser ocupado por profissionais com formação jurídica.

Porém a MP nº 959/2020, em seu artigo 20, jogou um balde de água fria na advocacia ao prorrogar a entrada em vigor da lei por mais um ano, prorrogando sua vigência para 03 maio de 2021.

Muitos advogados focados na área do direito informático se viram desestimulados posto que as empresas imediatamente prorrogaram seus esforços e investimentos na área, dada a perda do caráter urgente das adaptações e da postergação das regras, princípios e direitos dos usuários.

Contudo, pouca gente notou que no mês de dezembro de 2018 surgiu uma nova oportunidade à advocacia, especialmente para aquela focada no Direito Informático: a investigação defensiva e, mais especificamente, a investigação informática defensiva.

¹ Diretor dos Cursos de Direito da Uninove, mestre e doutor pela PUC-SP, pós doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa, Procurador de Justiça Aposentado e Advogado.

² Advogado, doutor e mestre em Direito Penal, Criminologia e Medicina Forense pela USP, professor, presidente da Comissão Especial de Direito Digital da OAB-SP, conselheiro suplente do CGI.br, autor de diversas obras jurídicas sobre o Direito Penal Informático,

Pouco se falou sobre a importância do Provimento nº 188/18, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil³. Mas a realidade é que a advocacia ganhou uma nova frente de atuação.

Desde a promulgação da Lei nº 13.245/2016 que promoveu mudanças no artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, há quem diga que houve a relativização do caráter inquisitorial do procedimento investigativo brasileiro.

³ O CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo art. 54, V, da Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994 - Estatuto da Advocacia e da OAB, e considerando o decidido nos autos da Proposição n. 49.0000.2017.009603-0/COP, RESOLVE:

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.

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.

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.

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.

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.

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.

Art. 7º As atividades descritas neste Provimento são privativas da advocacia, compreendendo-se como ato legítimo de exercício profissional, não podendo receber qualquer tipo de censura ou impedimento pelas autoridades.

Art. 8º Este Provimento entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.

Brasília, 11 de dezembro de 2018.

Em 2016 os cursos de Direito Processual Penal apresentavam que o Sistema Processual Penal Brasileiro era considerado misto, sendo a fase investigativa inquisitorial e a processual, acusatória. Isso porque no inquérito policial brasileiro não havia traços que apontavam para a lógica de contraditório, cabendo unilateralmente ao Estado a produção e colação dos indícios de autoria e materialidade, que apenas quando e se integrassem um processo, estariam sujeitos ao contraditório.

Nesse sentido, apresentava Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves no sentido de que

São as características próprias do inquérito policial (...)

b) Caráter inquisitivo. O inquérito é um procedimento investigatório em cujo tramitar não vigora o princípio do contraditório que, nos termos do art. 5º, LV, da Constituição Federal, só existe após o início efetivo da ação penal, quando já formalizada uma acusação admitida pelo Estado-juiz.⁴

Também Marco Antonio de Barros apontava que

(...) nosso sistema de persecução penal continua sendo misto. Inquisitivo na sua fase primária, depositando no inquérito policial seu principal instrumento de perquirição do fato ilícito, sendo o procedimento resguardado pelo sigilo das investigações (art. 20 do CPP), não afeito ao princípio do contraditório e cercado pela discricionariedade da autoridade policial que o presidir (art. 14 do CPP)⁵

Interessante que a Lei nº. 13.964 de 24.12.2019 – apelidada de Lei Anti-Crime - fez inserir o artigo 3º-A no Código de Processo Penal Brasileiro e ali trouxe certeza acerca da natureza da fase PROCESSUAL PENAL posto que apresentou que

O processo penal **terá estrutura acusatória**, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. (grifo nosso)

Hoje, contudo, é conteúdo expresso de Lei Federal o direito do advogado assistir a seus clientes investigados durante a apuração das infrações, acessando todos os elementos investigatórios e probatórios, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração, apresentar razões e quesitos. Isso, por si só, entregaria um caráter contraditório novo à essa etapa do processo, modificando a anterior natureza inquisitiva para acusatória.

⁴ REIS, Alexandre Cebrian Araújo e GONÇALVES, Victor Eduardo Rios, Direito Processual Penal Esquemático, 3a ed. Revisada e atualizada, São Paulo, Saraiva, 2014, p. 51.

⁵ BARROS, Marco Antonio de. A busca da verdade no processo penal, São Paulo, RT, 2002, p. 132 *apud* NUCCI, Guilherme de Souza, Código de Processo Penal Comentado, São Paulo, RT, 2011, p. 77.

Aliás, a possibilidade de apresentar quesitos e razões é tão fulcral que a penalidade processual para tal desrespeito é, segundo o inciso XXI do artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, a nulidade absoluta do ato.

*XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, **sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento** e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração (grifo nosso)*

Com o migrar da fase investigativa para uma lógica acusatória, determinados movimentos ativos de participação da fase investigativa e contribuição na apuração da verdade real se enraizarão na cultura brasileira, dando maior papel ao advogado na composição dos indícios.

Existe uma crescente confiança do sistema judiciário no profissional advogado. Exemplo disso também está na declaração de autenticidade de documentos segundo as tentativas de desburocracia das leis nº 10.352/2001, nº 11.382/2006 e nº 11.925/2009 e pela regra do inciso IV do art. 425 do Código de Processo Civil. Nesse mesmo sentido está a IN 60/2019⁶ e a Lei Estadual (SP) no. 16.838/18⁷.

O sistema judiciário sobrecarregado e a polícia assoberbada e mal aparelhada exigiram, pois, que a Ordem dos Advogados se posicionasse acerca de novas competências. E assim nasce o Provimento nº. 188 em 2018.

⁶ Segundo a IN 60/2019: Art. 1º O advogado ou o contador da parte interessada poderá declarar a autenticidade de cópias de documentos apresentados a registro perante as Juntas Comerciais, mediante a Declaração de Autenticidade, conforme Anexo.

§ 1º Considera-se advogado ou contador da parte interessada o profissional que assinar o requerimento do ato levado a registro. § 2º A declaração de autenticidade de que trata o caput poderá ser feita: I - em documento separado, com a devida especificação e quantidade de folhas do(s) documento(s) declarado(s) autêntico(s); ou II - na(s) própria(s) folha(s) do(s) documento(s). § 3º Juntamente com a declaração de autenticidade de que trata o caput deve ser apresentada cópia simples da carteira profissional. § 4º Esta Instrução Normativa não se aplica quando a Lei exigir a apresentação do documento original.

⁷ Art. 1º Fica alterado o parágrafo único do art. 6º da Lei no 14.029, de 13 de julho de 2005, que passa a ter a seguinte redação:

"Art. 6º Parágrafo único. A autenticação dos documentos necessários à prestação do serviço será feita pelo próprio agente público, à vista dos originais apresentados pelo usuário, ou pelo advogado constituído, vedada a exigência de reconhecimento de firma, salvo em caso de dúvida de autenticidade." (NR)

De acordo com o normativo, “investigação defensiva” seria 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 (art. 1º. Provimento nº. 188/2018).

O provimento continua apresentando que tal competência do advogado serve como base e apoio em todo o momento do processo, visto que pode ser feita na etapa investigativa ou na instrução processual, 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.

Fica, portanto, criado instrumento apoiador da atividade de busca pela verdade real ou na busca por argumentos suficientes para a promoção de uma investigação oficial pelo órgão responsável ou persecução penal pelo *dominus litis* que serve de auxílio para um embasamento jurisdicional mais adequado.

Reforce-se que a investigação não é denominada “defensiva” por apenas poder ser feita em favor do investigado ou do acusado. A expressão quer significar que tal ato busca a defesa daquela parte interessada, seja no pólo acusatório, seja o vitimizado, seja até mesmo terceiro interessado, pessoa física ou pessoa jurídica.

O Provimento apresenta (art. 2º) que essa nova modalidade de atividade do advogado intenta produção de indício e prova para (a) eventuais pedidos de instauração ou trancamentos de inquéritos policiais, (b) sustentação de argumentos para rejeição ou recebimento de denúncia ou queixa crime, (c) geração de bases para resposta a acusação, (d) criação de argumentos para pedido de medidas cautelares, (e) trazimento de sustentáculos para defesa em ação penal pública ou privada, (f) apoio para razões de recurso, (g) apoio para razões de revisão criminal, (h) argumentos para impetração de *habeas corpus*, (i) base para proposta de acordo de colaboração premiada, (j) base para proposta de acordo de leniência e (k) suporte para outras medidas destinadas a assegurar os direitos individuais em procedimentos de natureza criminal.

O que se vê, assim, é que há o aval da OAB para que o advogado se alie a profissionais de outras áreas de modo complementar para que possam auxiliar tecnicamente tanto em procedimentos preparatórios quanto processuais para trazer para os autos elementos de serventia à Justiça. Ao advogado caberia a administração e orientação dos esforços técnicos e a adaptação e inserção do material na linguagem jurídica correta. Nesse sentido o parágrafo único do artigo 4º ao apor que na realização da investigação defensiva, o advogado poderá se valer de detetives particulares, peritos, técnicos e auxiliares de trabalhos de campo.

Tal provimento vai de encontro à prática da advocacia em países como os Estados Unidos da América do Norte que, ao delegar ao advogado a composição da prova, reforça a necessidade de que todas as partes do processo penal devam envidar esforços para atingir a verdade dos fatos.

Não há qualquer óbice para o apoio do advogado na composição de elementos, desde que estes possam ser analisados por todas as partes envolvidas, verificados, contestados, postos à prova e, por fim, convalidados pelas autoridades competentes. Necessário, porém, que a forma como tais investigações defensivas ocorram sejam regidas para poder ser formalmente inseridas em autos.

Tal possibilidade se mostra especialmente importante na advocacia penal informática. Isso porque a maior parte dos elementos informáticos a ser analisados, coletados e eventualmente inseridos em procedimentos estão em domínio dos particulares envolvidos nos fatos ou em intermediários (redes sociais, serviços de mensagem instantânea, etc) armazenados em seus dispositivos informáticos, nuvens e dispositivos móveis. Assim, por conta de o material estar em posse dos interessados, estes podem de modo muito mais eficiente transformá-los em material jurídico-probatório.

Houvessem as partes que requerer procedimentos cautelares de produção de prova informática ou requerer perícias em sede processual na realidade burocrática de nosso país e muitos elementos estariam perdidos, de modo que seu uso estaria possivelmente imprestável em sentido técnico. Assim, a delegação de esforços ao advogado, desde que adequadamente solenizados e vinculados a um modo de executibilidade e ao devido processo legal gera enormes ganhos em eficiência.

Importante ressaltar, contudo, que investigações de âmbito digital exigem todo um procedimento adequado desde coleta até manipulação, custódia e análise, passando pela forma como os elementos são inseridos na esfera investigativa ou jurisdicional. Dessarte, a custódia do elemento informático deve ser obedecida à risca. No mesmo sentido os procedimentos de autenticação de provas e indícios coletados a partir de uso de ferramental como OriginalMy ou Verifact.

E quais seriam os atos de investigação que poderiam ser perpetrados em tal sede? Pois bem, segundo o artigo 4º do Provimento, os atos que podem ser praticados são a coleta de depoimentos, a pesquisa e obtenção de dados e informações disponíveis em órgãos públicos ou privados, a elaboração de laudos e exames periciais, e a realização de reconstituições, ressalvadas as hipóteses de reserva de jurisdição.

A equipe de advocacia pode, portanto, buscar fazer parcerias com profissionais peritos informáticos e, assim, construir todo um cabedal probatório e indiciário para a defesa de seus clientes – vítimas ou acusados, de modo a garantir uma coleta eficiente de informações e o uso potencial efetivo dos elementos informático.

Exemplos de atos nesse sentido seriam pedidos de informação para redes sociais e demais empresas de TI, análises de nuvens, coleta de dados de contas, capturas de *emails*, análises periciais de dispositivos informáticos, arquivos e acesso a roteadores, verificações de acessos remotos e *malwares* instalados, entre outros.

Mister destacar que o desrespeito ao Devido Procedimento Legal Informático - subprincípio decorrente do Princípio do Devido Processo Legal - tornará os elementos coligidos inefetivos e inócuos do ponto de vista processual. Há toda uma obrigatoriedade procedimental de coleta e custódia segundo parâmetros da ABNT, inclusive.

O descumprimento de tais solenidades faz com que a força probante do material possa ser questionada.

Há muito já defendemos a criação do que denominamos “Princípio da Relativização dos Elementos Informáticos”⁸ por conta de grande parte dos indícios e provas inseridos nos autos de procedimentos e processos não respeitarem a especificidade da informática.

Há muito também já apontamos para o fato de que elementos informáticos produzidos e juntados sem as necessárias formalidades e rigores técnicos podem ser anulados e descartados, mesmo que representem a verdade dos fatos, pelo simples fato de a possibilidade de manipulação deles ser argumento preliminar de imprestabilidade.

Aliás, de se ressaltar que alcunhado “Pacote Anti-Crime” (Lei nº. 13.964 de 24.12.2019) trouxe o conceito e etapas do que se considera Cadeia de Custódia, novo norte para que se amealhe corretamente todo tipo de prova, inclusive a informática, respeitadas suas peculiaridades.

Assim como os fins não justificam os meios no ditame popular, na informática o arquivo digital juntado nos autos também não pode ser justificado e aceito se não forem afastadas todas as dúvidas plausíveis sobre sua autenticidade e veracidade.

Um advogado pode declarar a autenticidade de documentos digitais. Contudo, as declarações do advogado devem ser interpretadas em conjunto com o princípio apontado. Se argumentos de levantamento de dúvidas acerca dos documentos digitais forem levantadas pela parte contrária, entendemos que as declarações devem ser substituídas por expedientes de afastamento de dúvidas a que denominamos “incidente de autenticidade e veracidade de documento digital” ou “arguição de autenticidade e veracidade de documento digital”.

Nos moldes de um incidente de falsidade documental dos artigos 430 a 433 do CPC e dos artigos 145 a 148 do CPP, passaria a ser necessário um debate apensado aos autos digitais dos documentos questionados, abrindo-se prazo para a parte contrária, com o socorro de perícia judicial para o afastamento das dúvidas. Em caso de não autenticidade, a conduta deve ser punida com o descarte do processo eletrônico, condenação às custas do procedimento e perícia, declaração de litigância de má fé da

⁸ SYDOW, Spencer Toth. Curso de Direito Penal Informático: parte geral e parte especial. São Paulo, Jus Podivm, 2020.

parte responsável e, eventualmente, instauração de procedimento criminal por fraude processual, sem prejuízo de instauração de procedimento disciplinar contra o advogado.

Porém, superadas as dúvidas acerca dos elementos coligidos particularmente e inseridos nos procedimentos ou processos, é importante destacarmos que ao advogado (e sua equipe transdisciplinar eventual) caberá o dever de preservação das informações colhidas, o estrito sigilo, além do respeito à dignidade, privacidade, intimidade e demais direitos e garantias individuais das pessoas envolvidas (artigo 5º do Provimento 188/18).

Em síntese, a Investigação Defensiva – que está dando os seus primeiros passos em nosso sistema jurídico - apresenta-se como verdadeira e eficaz ferramenta na busca da verdade e fundamentalmente na efetivação da paridade de armas entre o estado forte – com todo o seu arsenal institucional e orçamentário, e o advogado e seu constituído.

Referências Bibliográficas

JORGE, Higor Vinicius Nogueira. Investigação Criminal Tecnológica, V.1, São Paulo, BRASPORT, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza, Código de Processo Penal Comentado, São Paulo, RT, 2011

REIS, Alexandre Cebrian Araújo e GONÇALVES, Victor Eduardo Rios, Direito Processual Penal Esquemático, 3ª ed. Revisada e atualizada, São Paulo, Saraiva,

ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. Informática, telemática e direito penal. São Paulo, Memória Jurídica, 2004.

SYDOW, Spencer Toth. Curso de Direito Penal Informático: parte geral e parte especial. São Paulo, Jus Podivm, 2020.