

DEFENSOR PÚBLICO DE GARANTIAS E CONSENSO NO PROCESSO PENAL

PUBLIC DEFENDER OF GUARANTEES AND CONSENSUS IN CRIMINAL PROCEDURE

NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO

Professor Titular da Universidade de Fortaleza (Doutorado, Mestrado, Especializações e Graduação em Direito). Estágio Pós-doutoral pela Universidade do Minho. Doutor em Direito pela UFMG. Mestre em Direito pela UFMG. Especialista em Direito UFMG. Professor Adjunto da Universidade Federal do Ceará (Graduação em Direito). Advogado criminalista.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-2479-7937].
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/4516474580462451].
nestorsantiago@unifor.br

EDUARDO AUGUSTO DA SILVA DIAS

Doutorando em Direito Constitucional e Teoria Política (DINTER UNIFOR-CIESA). Mestre em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos (UEA). Defensor Público do Estado do Amazonas.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0001-9863-5423].
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/3926900486611625].
edir.eng88@gmail.com

Recebido em: 06.04.2021

Aprovado em: 20.07.2021

Última versão dos autores: 30.07.2021

ÁREAS DO DIREITO: Constitucional; Processual; Penal

RESUMO: O presente estudo propõe a criação do defensor público de garantias diante do avanço da justiça penal consensual pelo modelo trazido pela Lei 13.964 de 2019, que inseriu no Código de Processo Penal o acordo de não persecução penal. Dialoga-se com os conceitos de consenso e poder ligados ao processo penal brasileiro. Objetiva-se realizar uma pesquisa descritiva com abordagem qualitativa, a partir da identificação de razões instrumentais nos mecanismos de reprodução do saber e poder, por meio de uma análise do discurso, como tentativa de introduzir modelos de justiça que interferem em direitos

ABSTRACT: This study proposes the institution of the public defender of guarantees in view of the advancement of consensual criminal justice through the model brought by Law 13,964 of 2019, that inserted the Non-Persecution Criminal Agreement in the Criminal Procedure Code. It dialogues with the concepts of Consensus and Power linked to the Brazilian criminal procedure. The objective is to carry out a descriptive research with a qualitative approach, from the identification of instrumental reasons in the mechanisms of reproduction of knowledge and power, through an analysis of the discourse, as

fundamentais. Nesse sentido, pergunta-se a respeito da possibilidade de inserção do modelo de defensor público de garantias na etapa pré-processual, antes do recebimento da denúncia, de forma a se permitir um consenso legítimo sobre o caso penal.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça penal consensual – Acordo de não persecução penal – Defensor público – Defensor público de garantias.

an attempt to introduce models of justice that interfere in fundamental rights. In this context, investigates the possibility of inserting the model of public defender of guarantees in the pre-procedural stage, before receiving the criminal charge, subsequently allowing a legitimate consensus.

KEYWORDS: Consensual criminal justice – Non-Persecution Criminal Agreement – Public defender – Public defender of guarantees.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A justiça penal consensual e suas anomalias. 2.1. Do reconhecimento das anomalias processuais. 2.2. Mitologia processual penal. 3. Mecanismos de reprodução do saber/poder. 4. Defensor público de garantias. 4.1. O referencial europeu. 4.2. O Defensor Público de Garantias. 4.3. Por uma nova proposta de atuação defensiva: o defensor público de garantias. 5. Notas conclusivas. 6. Referências bibliográficas. 7. Anexo.

1. INTRODUÇÃO

É comum mencionar os conceitos habermasianos para justificar um sistema de relações sociais/jurídicas baseadas no consenso¹. Habermas² e sua Teoria do Agir Comunicativo, com densidade de fundamentação, apoia-se, dentre muitos marcos filosóficos, na teoria do desenvolvimento da consciência moral desenvolvida por Lawrence Kohlberg³, aprofundando os estudos de Piaget⁴, no qual “o desenvolvimento da capacidade de

1. ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 39.
2. HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Editorial Trotta, 2010.
3. Resumidamente, os estágios morais de Kohlberg teriam 3 níveis, distribuídos em 6 estágios: Nível A: Pré-convencional (Estágio 1: O estágio do castigo e da obediência; Estágio 2: Objetivo individual e da troca); Nível B: Convencional (Estágio 3: Expectativas interpessoais mútuas, dos relacionamentos e da conformidade; Estágio 4: Preservação do sistema social e da consciência); Nível C: Pós-convencional ou baseado em princípios (Estágio 5: Direitos originários e do contrato ou da utilidade; Estágio 6: Princípios éticos universais). HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido Antonio de Almeida. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro, RJ: Biblioteca Tempo Brasileiro, 2013. p. 152-155.
4. BIAGGIO, Angela Maria Brasil. *Lawrence Kohlberg: ética e educação moral*. Lev Saraiva. Editora Moderna, 2006. p. 22.

julgar moral efetua-se da infância até a fase adulta passando pela adolescência, segundo um modelo invariante”⁵.

Por outro lado, Michel Foucault⁶ identifica formas modernas de exercício do poder, tais como o poder disciplinar e o biopoder⁷, que estão onipresentes e que podem ser observados nas estruturas e instituições sociais, de tal sorte que sua análise possui relevância em qualquer modelo de sociedade que objetive o entendimento mútuo. Qualquer teoria que se apresente como fundamento de uma sociedade ideal encontrará déficit de legitimidade em contraponto a outros modelos não menos totalizantes. Isso explica em parte a dificuldade de conciliação entre análises e teorias apresentadas por Foucault e Habermas no decorrer de suas obras.

Os pensamentos de Foucault e Habermas representam visões de mundo aparentemente incompatíveis quando o assunto é o humanismo. No entanto, apesar de perspectivas divergentes sobre a coerência filosófica deste ideal, ambos concordam com o valor e ambivalência dos direitos e instituições democráticas para moldar e proteger as atitudes críticas modernas, ao restringir e possibilitar atos de inconformismo e resistência.⁸

Nesse contexto, a ideia de consenso, embora seja bem-vinda ao processo, não deve se separar de uma análise crítica e cultural. O Direito e, mais especificamente o direito processual penal, é produto de um saber/poder e constitui questão das mais complexas, envolvendo atores processuais que possuem funções diferentes, arraigadas, as mais das vezes, em ideologias divergentes. Na dinâmica das interações processuais haverá traços que reforçam a visão foucaultiana, ainda que formalmente os atos sejam preponderantemente voltados para um viés consensual. A sala de audiência e documentos produzidos

5. HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Antonio de Almeida. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro, RJ: Biblioteca Tempo Brasileiro, 2013. p. 144.
6. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Trad. Raquel Ramallete. 37. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.
7. Para tentar compreender o que Foucault denomina como poder disciplinar e biopoder, necessário situar que o filósofo francês trabalha com a mudança do Estado absoluto para o Iluminismo, na transição de um poder soberano para outras formas de poder que serão encontradas na sociedade, seja por meio das prisões, escolas, hospícios e instalações militares. O poder disciplinar constituirá uma nova forma de vigilância sobre as pessoas. Em relação ao preso, os mecanismos de tortura dão lugar a uma mudança de punição calculada no tempo, proporcionando pessoas úteis e dóceis para o novo sistema social que se implantava. O saber se constrói na dignidade da pessoa humana, nos novos ideais alçados pelo Iluminismo, na Burguesia. Por outro lado, nessa mesma fase, interessará ao Estado as taxas de criminalidade, a proliferação, os nascimentos e a mortalidade, o nível de saúde, a duração da vida, a longevidade, com todas as condições que podem fazê-los variar; tais processos são assumidos mediante toda uma série de intervenções e controle reguladores: uma biopolítica da população. FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 9. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2019. p. 150-151.
8. INGRAM, David. Foucault e Habermas. In: GUTTING, Gary (Org.). *Foucault*. Trad. André Oides. São Paulo: Ideais e Letras, 2016. p. 290-291.

a partir dos atos processuais que se desenvolvem no processo vão além do entendimento pela simples leitura dos autos.

Dentro do modelo de justiça penal consensual implantado a partir da Lei 9.099/1995 surgem os institutos da transação penal, conciliação civil e suspensão condicional do processo para casos de menor complexidade. A denominada Lei Anticrime (Lei 13.964/2019) amplia o espectro consensual no processo penal, introduzindo o acordo de não persecução penal (ANPP)⁹ no Código de Processo Penal (CPP), cujo instituto da confissão circunstanciada é requisito legal.

Partindo de um ponto de vista habermasiano, o consenso estabelecido entre Ministério Público, Defensor/Acusado e Juiz, dar-se-á, em tese, legitimamente no contexto de uma razão comunicativa, ou seja, pelo entendimento mútuo¹⁰ em campos de enunciados comunicativos bilaterais de inteligibilidade, verossimilhança, correção e sinceridade¹¹. A confissão é o ato de fala do acusado que aceita o discurso produzido pelo acusador oficial com a finalidade de ter uma pena reduzida.

Por outro lado, a justiça penal consensual situa-se numa referência filosófica utilitarista, com o viés de ação instrumental ou estratégica, divergindo de um postulado voltado para um agir comunicativo¹². Enquanto o agir estratégico se volta para o sucesso, ou

-
9. O acordo de não persecução penal é um negócio jurídico. O Ministério Público oferece algumas alternativas penais ao investigado que, na companhia de seu advogado ou defensor, aceitará ou não a proposta. Para isso, a infração penal deve ter pena mínima inferior a quatro anos, não cometida com violência ou grave ameaça e o investigado deve confessar o crime com todas as circunstâncias.
 10. “Na medida em que os atores estão exclusivamente orientados para o sucesso, isto é, para as consequências do seu agir, eles tentam alcançar os objetivos de sua ação influenciando externamente, por meio de arma ou bens, ameaças ou seduções, sobre a definição da situação ou sobre as decisões ou motivos de seus adversários [...] O conceito de agir comunicativo está formulado de tal maneira que os atos de entendimento mútuo, que vinculam os planos de ação dos diferentes participantes e reúnem as ações dirigidas para objetivos numa conexão interativa, não precisam de sua parte ser reduzidos ao agir teleológico. Os processos de entendimento mútuo visam um acordo que depende do assentimento racionalmente motivado ao conteúdo de um proferimento. O acordo não pode ser imposto a outra parte, não pode ser extorquido ao adversário por meio de manipulações: o que manifestamente advém graças a uma intervenção externa não pode ser tido na conta de um acordo”. HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido Antonio de Almeida. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro, RJ: Biblioteca Tempo Brasileiro, 2013. p. 165.
 11. BRITTO, Cláudia Aguiar Silva. *Processo penal comunicativo: comunicação processual à luz da filosofia de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2014.
 12. De acordo com Barbara Freitag, “para Habermas, que nos forneceu outra interpretação da modernidade, impõe-se uma mudança de paradigma: da ação instrumental para a ação comunicativa, da subjetividade para a intersubjetividade, da razão monológica para a razão dialógica. Somente assim a modernidade poderá ser compreensível corretamente, buscando-se, através da ação orientada para a compreensão, as soluções para as patologias” FREITAG, Barbara. *Dialogando com Jürgen Habermas*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p. 174.

seja, a Administração da Justiça utiliza os modelos de acordos, como forma de redução e desobstrução do sistema de justiça, que não consegue suportar o volume de processos criminais, e por isso almeja simplificações de procedimentos, o agir comunicativo baseia-se na razão voltada para a Justiça, na qual a instrumentalidade dá lugar à equidade, aproximando-se de um ideal democrático e emancipatório.

Nesse ponto, ao agir estrategicamente, a justiça penal converte-se em biopoder¹³, aproximando-se neste ponto as análises de Habermas e Foucault conforme descreve David Ingram¹⁴, administrando a vida dos acusados a partir de um saber arraigado em falsos discursos consensuais.

Nesse sentido, a justiça penal consensual, ao tentar resolver os casos penais de forma antecipada, antes da devido processo legal, sem que antes tenha ocorrido o contraditório e defesa, principalmente a técnica, pode gerar consensos ilegítimos, em face de abusos procedimentais que possam ocorrer na fase de investigação, que normalmente ocorre de forma sigilosa. Logo, se o processo penal caminha para o consenso, como ampliar esses espaços, permitindo posteriormente um acordo legítimo?¹⁵ Uma proposta pode ser bem-sucedida por meio do Defensor Público de Garantias.

Assim, nesta tentativa de resolver o caso penal antes da instrução processual em juízo, tem-se como problema investigativo questionar de que forma se poderá diminuir o déficit de legitimidade processual que transita entre o saber/poder e não se reconhece um pleno direito de defesa na fase de investigação do caso penal. Nesse contexto, realiza-se uma pesquisa descritiva com abordagem qualitativa, a partir da identificação de razões instrumentais nos mecanismos de reprodução do saber e poder, por meio de uma análise do discurso, como tentativa de introduzir modelos de justiça que interferem em direitos fundamentais.

Como forma de mitigar as razões instrumentais processuais atuais, propõe-se um novo modelo de atuação para a Defensoria Pública na área criminal, o *Defensor Público de Garantias*, que contribuirá no controle de legalidade, legitimidade e regularidade da fase de investigação preliminar. O ensaio é apresentado em quatro itens, no qual em primeiro momento discutem-se noções preliminares sobre a justiça penal consensual e suas anomalias, para em seguida realizar uma análise do discurso diante dos mecanismos de reprodução do saber/poder, a partir de um modelo de acordo de não persecução penal. Conclui-se nos dois itens seguintes com a proposta e fundamentação do Defensor Público de Garantias como alternativa para diminuição do déficit de legitimidade da fase

13. FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade 1: a vontade de saber*. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 9. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2019. p. 151.

14. INGRAM, David. Foucault e Habermas. In: GUTTING, Gary (Org.). Foucault. Trad. André Oides. São Paulo: Ideais e Letras, 2016.

15. O desenvolvimento dos argumentos girou em torno do acordo de não persecução penal, o que não afasta conclusões sobre outros modelos de acordo, tais como a colaboração premiada.

pré-processual, que não acolhe o princípio do contraditório como uma obrigatoriedade, colocando em dúvida procedimentos investigatórios que podem servir estrategicamente, por exemplo, para propostas de acordos ilegítimos.

2. A JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL E SUAS ANOMALIAS

O Estado Democrático de Direito pode ser entendido como a história da luta contra o absolutismo do poder político, por meio da divisão de poderes, pela sujeição à lei e pelo desenvolvimento das garantias processuais e penais e na afirmação do princípio da legalidade e do controle jurisdicional que opera sobre eles¹⁶.

Deriva desse marco histórico, transição do Estado Absoluto ao Estado de Direito, o que se convencionou denominar humanismo, no qual, tanto Habermas como Foucault, o interpretam à luz de suas respectivas análises ou teorias¹⁷ que levam à dificuldade de conciliação de seus referenciais filosóficos. Enquanto Foucault é visto como anti-humanista, pois, em tese, rejeitaria os ideais emancipatórios do Iluminismo¹⁸, Habermas constrói sua teoria da ação comunicativa marcado pela intersubjetividade, engajado em deduzir racionalmente normas universais¹⁹ e, conseqüentemente, valorizar os direitos humanos. No entanto, não é adequado situá-los em lados opostos e com objetivos distintos. Ambos, no bojo de suas análises, são defensores dos direitos humanos, porém, partem de interpretações e perspectivas distintas, de modo que suas práticas críticas devem ser observadas como complementares²⁰.

Nesse sentido, enquanto Foucault situa a ação estratégica condicionada pelo poder de maneiras relevantes, Habermas aborda sua prática crítica na ação comunicativa

16. FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2010. p. 58.

17. De acordo com Richard A. Lynch, Foucault não achava adequado a utilização do termo “teoria”, de modo que sua interpretação se aproxima de uma análise, pois era relutante em fazer qualquer afirmação de um entendimento permanente ou completo do mundo em que vivemos. LYNCH, Richard A. A teoria do poder de Foucault. In: TAYLOR, Dianna (Org.). Michel Foucault: *Conceitos fundamentais*. Trad. Fábio Creder, Petrópolis, RJ: Vozes, 2018. p. 25.

18. INGRAM, David. Foucault e Habermas. In: GUTTING, Gary (Org.). *Foucault*. Trad. André Oides. São Paulo: Ideais e Letras, 2016. p. 291.

19. Talvez nesse ponto incida a grande polêmica quanto à aproximação de suas teorias, pois de acordo com Dianna Taylor, “um dos principais objetivos da obra de Foucault é ilustrar a natureza histórica e contingente de que a filosofia tem tradicionalmente visto como absoluto e universal”. Assim, para Foucault, “as próprias ideias do conhecimento absoluto e universal e valores morais são, elas próprias, fenômenos históricos”. TAYLOR, Dianna. Poder, liberdade e subjetividade. In: TAYLOR, Dianna. Michel. *Foucault: conceitos fundamentais*. Trad. Fábio Creder. Petrópolis, RJ: Vozes, 2018. p. 10.

20. INGRAM, David. Foucault e Habermas. In: GUTTING, Gary (Org.). *Foucault*. Trad. André Oides. São Paulo: Ideais e Letras, 2016. p. 294.

orientada para o consenso e não restrita pelo poder.²¹ Do mesmo modo, a ação comunicativa na visão habermasiana é lida como ação estratégica em Foucault. O que para este é ação estratégica, para aquele é interação comunicativa²². Portanto, a aproximação ou distanciamento de suas visões sobre o humanismo²³ é uma questão de interpretação. Ambos têm uma visão crítica²⁴ sobre a Modernidade²⁵.

Fixadas essas balizas iniciais, o que se pretende afirmar neste ensaio é que a justiça penal consensual encontra déficits de legitimação como verdadeiro agir comunicativo, pois está direcionada ao agir instrumental, de modo que as análises do poder em Foucault e a teoria crítica habermasiana convergem no sentido de buscar o verdadeiro ideal emancipatório, afastando as patologias sociais da sociedade moderna.

Nesse contexto, apoiando-se estritamente no objeto de análise, a justiça penal consensual, que no Brasil tem seus primeiros passos a partir da Lei 9.099, de 1995, e atualmente com a Lei 13.964, de 2019, que legalizou o acordo de não persecução penal, abdica preliminarmente da audiência de instrução e tenta resolver o conflito a partir de um acordo entre a acusação e defesa, com base na confissão, determinando-se medidas alternativas à prisão.

Há diferenças entre a ANPP e o *plea bargaining* estadunidense. Enquanto neste o acusado pode se declarar culpado (*guilty plea*)²⁶, recebendo uma sentença condenatória com pena reduzida, naquele a confissão é um requisito para o acordo e não gera presunção

-
21. INGRAM, David. Foucault e Habermas. In: GUTTING, Gary (Org.). Foucault. Trad. André Oides. São Paulo: Ideais e Letras, 2016. p. 293-294.
 22. Ibid., p. 294.
 23. Em “Qu’est-ce que les Lumières?” Foucault ressalta que o humanismo é um conjunto de temas que reaparecem em várias ocasiões através do tempo nas sociedades europeias, no qual estão permanentemente ligados a julgamentos de valor e com variações de conteúdo e nos valores que eles mantiveram. Logo, houve um humanismo crítico ao cristianismo, um humanismo cristão oposto ao humanismo ascético, um humanismo desconfiado em relação à ciência no século XIX, concluindo ainda que o próprio marxismo, o existencialismo, o personalismo e o stalinismo tinham ideais humanistas. FOUCAULT, Michel. O que são as luzes? In: MOTTA, Manoel Barros da. Michel Foucault: *Arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento*. Trad. Elisa Monteiro Coleção Ditos e Escritos II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015. p. 362-363.
 24. Cabe destacar a observação de Luiz Repa no sentido de esclarecer que nem toda crítica social se refere a uma Teoria Crítica, conforme é a intenção de Habermas e a Escola de Frankfurt. Os diversos modelos de Teoria Crítica apresentam forma específica em que se exerce a crítica à sociedade capitalista. Logo, a Teoria Crítica possui princípios próprios que a desiguam de outras formas de crítica. REPA, Luiz. Jürgen Habermas e o modelo reconstrutivo de teoria crítica. In: NOBRE, Marcos (Org.). *Curso livre de teoria crítica*. 3. ed. Campinas, SP: Papirus, 2013. p. 161.
 25. A teoria da modernidade, na visão habermasiana, busca explicar a gênese da moderna sociedade ocidental, diagnosticar as patologias e procura soluções para a sua supressão. FREITAG, Barbara. *Dialogando com Jürgen Habermas*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p. 162.
 26. SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milênio*. Madrid: Editorial Tecnos, 2002. p. 289.

absoluta de culpabilidade. É nesse novo cenário de ampliação da busca pelo “consenso”²⁷, que não se confunde ao agir comunicativo, num contexto dominado pelo exercício de um saber e poder²⁸ que se desenvolve o processo no Estado Democrático de Direito.

Schünemann²⁹ aponta deficiências no modelo de processo penal adversarial americano e o *plea bargaining*, aproximando-os, na verdade, de uma imitação de processo. No reconhecimento de culpa, ou em acordos propostos baseados na confissão, não há processo. Pessoas com baixo nível social se tornam vulneráveis frente ao *plea bargaining* principalmente porque não contam com uma defesa adequada que lhe garanta efetivamente seus direitos³⁰, pois geralmente assistidos por Defensores Públicos descomprometidos³¹. No direito comparado, a *La Conformidad del acusado*³² na Espanha e o *Patteggiamento*³³ na Itália têm como referência o modelo americano³⁴.

O processo penal desenvolve-se no sentido de um viés utilitarista³⁵, com fulcro na melhor administração da justiça com mitigação das garantias processuais, colocando o investigado no dilema entre aceitar a proposta do acordo ou se defender no contexto de

-
27. O consenso no processo penal está mais ligado ao senso comum deste conceito e diverge do proposto na teoria habermasiana que trabalha com a diferenciação entre racionalidade instrumental e racionalidade comunicativa.
 28. PEREIRA, Eliomar da Silva. *Saber e poder: o processo (de investigação) penal*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.
 29. SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. GRECO, Luís (Coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 243.
 30. *Ibid.*, p. 253.
 31. Diogo Malan cita pesquisa de David Champion em entrevista com Promotores Públicos dos Estados Federados do Kentucky que revelaram que advogados constituídos obtiveram melhores resultados processuais em relação aos defensores públicos. Concluindo-se que a defesa dativa, comparada a defesa constituída, aumenta o risco de aplicação da pena capital. MALAN, Diogo. A advocacia criminal e as habilidades do defensor. Fonte: [www.conjur.com.br/2021-jan-27/diogo-malan-advocacia-criminal-habilidades-defensor]. Acesso em: 29.01.2021.
 32. ASENSIO GALLEGÓ, José Maria. *Juicio oral en la ley de enjuiciamiento criminal española*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 37.
 33. VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de; CAPPARELLI, Bruna. Barganha no processo penal italiano: Análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 15, jan.-jun. 2015. Periódico Semestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ. Patrono: José Carlos Barbosa Moreira. [www.redp.com.br ISSN 1982-7636]. p. 435-453. Disponível em: [www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/16880/12525]. Acesso em: 27.03.2020.
 34. SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. GRECO, Luís (Coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 254-255.
 35. Para John Stuart Mill “As ações utilitárias são certas na proporção em que tendem a promover a felicidade, e erradas na proporção em que tendem a produzir o reverso da felicidade. Por felicidade entende-se prazer, e a ausência de dor; e, por infelicidade, dor é a privação de prazer. MULGAN, Tim. *Utilitarismo*. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014. p. 7.

uma justiça penal seletiva³⁶ e com a utilização de um padrão probatório precário que ao final encarcera milhares de pessoas³⁷.

No Brasil, a Defensoria Pública, responsável pela defesa de grande parte dessa massa de encarcerados, com sua estrutura limitada, tem como desafio se adaptar às novas formas de resolução do conflito e administração da justiça, mudando o foco para além das questões no decorrer do processo judicial, reforçando meios que lhe permitam acompanhar o caso penal a qualquer tempo e que possa ensejar uma futura persecução penal.

Apontando sugestões sobre as reformas necessárias na investigação preliminar europeia, Schünemann³⁸ vê na Defensoria Pública brasileira um interessante modelo a ser estudado pelo processo penal dos países europeus, pois é uma instituição estatal desvinculada do Ministério Público, financiada pelo Estado, o que possibilita sua atuação para determinados atos mantendo sigilo em relação ao indiciado, ao contrário do defensor privado, e com atribuição de zelar pelos interesses daquele.

Por outro lado, um verdadeiro processo baseado no consenso deve respeitar os pressupostos de um Estado Democrático de Direito em que a defesa possa ter voz em igualdade com a acusação. Tem-se assim que, nesse viés comunicacional, a teoria do agir comunicativo³⁹ de Jürgen Habermas, pode ser uma hipótese de solução para garantir

36. De acordo com dados do INFOPEN, a população carcerária em 2017 atingiu o número de 607.731 presos, dos quais 67% (pretos ou pardos), 53% com ensino fundamental incompleto e 56% composta por jovens de 18 a 29 anos. Além disso, 41% como presos provisórios. Tráfico de drogas (27%), Roubo (21%), homicídio (14%) e furto (11%) estão entre os crimes que mais se prende, o que demonstra a seletividade do sistema penal. SAUL, Diego Palhares; GUIMARÃES, Sérgio Chastinet Duarte. Seletividade penal, caso Rafael Braga e a condenação fundamentada exclusivamente no testemunho policial. In: GRAZIANO SOBRINHO, Sérgio Francisco Carlos; DORNELLES, João Ricardo Wanderley; PEDRINHA, Roberta Duboc (Orgs.). *Seletividade do sistema penal: o caso Rafael Braga*. Rio de Janeiro: REVAN, 2018. p. 66-67.

37. O policial condutor na prisão em flagrante é o mesmo que serve como testemunha no processo, algumas vezes isolada, para comprovar a culpa do réu, mesmo que este apresente versão diferente, prevalecendo um argumento de autoridade na aplicação da lei para dar maior credibilidade à palavra do agente estatal, supostamente protegida pela fé-pública. CARVALHO, Salo; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. “Making a drug dealer”: O impacto dos depoimentos policiais e os efeitos da súmula 70 do TJERJ na construção do caso Rafael Braga. In: GRAZIANO SOBRINHO, Sérgio Francisco Carlos; DORNELLES, João Ricardo Wanderley; PEDRINHA, Roberta Duboc (Orgs.). *Seletividade do sistema penal: o caso Rafael Braga*. Rio de Janeiro: REVAN, 2018. p. 239-279.

38. SCHÜNEMANN. Op. cit., p. 235-236.

39. Destaca-se a observação de Luiz Repa explicando que a “ação comunicativa é um tipo de interação social em que o meio de coordenar os diversos objetivos das pessoas envolvidas é dado na forma de um acordo racional, do entendimento recíproco entre as partes, alcançado através da linguagem. Ou seja, comunicação se refere a um determinado uso da linguagem, o uso da linguagem orientado para a obtenção de um acordo, de um consenso. Esse uso não deve ser entendido, no entanto, em um sentido instrumental, como se a comunicação para um consenso fosse apenas um meio para a realização das finalidades de cada participante da interação social, pois, ao tentar fazer uso da linguagem em uma atitude comunicativa (também chamada de

uma verdadeira teoria do discurso, levando às partes ao consenso, de modo a mitigar as patologias sistêmicas do processo penal.

Além disso, a teoria do agir comunicativo pressupõe, dentre outros requisitos, que os interlocutores tenham uma manifestação de vontade livre, o que na teoria foucaultiana pode ser um obstáculo em face dos exercícios do poder/saber e suas derivações para o biopoder e poder disciplinar, que implicam modelos de dominação não percebidos de modo formal, mas que transparecem nas relações sociais.

A teoria habermasiana poderia fundamentar o espaço de consenso desde que se tenha consciência que as relações comunicacionais não ocorrem de modo ideal, ou seja, os atos de fala – para usar uma expressão habermasiana – são exercidos dentre de uma estrutura processual em que as relações de poder/saber são latentes. Logo, com o reforço das garantias processuais, a partir de uma Defensoria Pública estruturada e com lugar de fala, em qualquer momento em que possa existir uma limitação de um direito fundamental do indivíduo, haverá uma diminuição das patologias processuais.

2.1. *Do reconhecimento das anomalias processuais*

As funções de acusar, defender e julgar em sistemas verdadeiramente acusatórios devem estar separadas em diferentes instituições⁴⁰. No entanto, o CPP vigente, outorgado sob a égide do Estado Novo, ainda possui vários traços normativos, mesmo com a nova roupagem constitucional e reformas legislativas pontuais após 1988, que remontam a categorias autoritárias⁴¹.

atitude performativa), os falantes têm de restringir seus planos individuais às condições necessárias para o entendimento mútuo”. E conclui em seguida: “Nesse aspecto, a ação comunicativa se distingue da ação estratégica e instrumental. Esses dois últimos tipos se caracterizam pelo fato de os atores, isto é, as pessoas envolvidas na ação, buscarem antes de tudo o sucesso, a realização do fim desejado”. REPA, Luiz. Jürgen Habermas e o modelo reconstrutivo de teoria crítica. In: NOBRE, Marcos (Org.). *Curso livre de teoria crítica*. 3. ed. Campinas, SP: Papirus, 2013. p. 166. Esse é justamente o problema que se enfrentado na análise dos acordos de não persecução penal que são confundidos ação comunicativa, mas na verdade descrevem ação instrumental.

40. Como ressalta Luigi Ferrajoli, “De todos os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, o mais importante, por ser estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros, indubitavelmente é a separação entre juiz e acusação”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 522.

41. Ricardo Gloeckner utiliza o termo autoritarismo como uma categoria que representa o resultado de interpretações do Código de Processo Penal, como o uso da instrumentalidade processual penal com raiz no processo civil e modelada segundo a Escola Superior de Guerra, de modo que, ao invés de ter uma roupagem constitucional, possui conteúdo antidemocrático. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. v. 1. p. 42-45.

Assim, o processo penal⁴² transita em paradigmas⁴³ diferentes, o que compromete a atuação dos atores processuais e o surgimento de anomalias.

Como exemplo, verifica-se que os princípios de Bangalore⁴⁴ descrevem que o juiz deve agir com independência, imparcialidade, integridade, idoneidade, igualdade, competência e diligência. Porém, o modelo atual de CPP, colocando o juiz na gestão da prova em alguns momentos, contribuiu para as rachaduras de tal base principiológica. Por outro lado, no que tange ao Ministério Público, é bem verdade que na fase de investigação não exerce propriamente o papel de acusador. Porém, ao decidir em relação a um pedido que possa limitar direitos fundamentais do indivíduo, o juiz de valor sobre a legalidade e fundamentos, certamente lhe coloca mais perto do interesse público em detrimento do interesse do investigado.

Contudo, não é adequado contrapor interesse público e interesse privado (do investigado), pois as funções de investigar, acusar, defender, fiscalizar a aplicação da lei e julgar interessam a todos na mesma proporção e, conseqüentemente, também é de interesse estatal proteger a defesa⁴⁵. Obviamente, não se podem exercer, ao mesmo tempo, várias

-
42. Conforme descreve Mauro Fonseca Andrade, a legislação não faz referência à adoção de algum sistema processual em nosso país. Conclui que não seria exagero afirmar que o país não adota nenhum tipo de sistema processual penal e que teríamos, na verdade, são modelos de processo. ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 471-473. Importante ressaltar, no entanto, que a Lei 13.964 de 2019 definiu no art. 3º-A que o processo penal terá estrutura acusatória, porém tal dispositivo encontra-se suspenso, de acordo com as ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305 que aguardam julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.
43. O conceito de paradigma é extraído da Thomas S. Kuhn em *Estrutura das Revoluções Científicas*. Importante observar que a obra busca estabelecer um critério de desenvolvimento das ciências naturais, de modo que é controversa sua aplicação integral às ciências sociais, conforme destaca Jesus de Paula Assis em Kuhn e as ciências sociais (1993). Obviamente, este artigo não quer transpor integralmente às ciências sociais a teoria kuhniana, de modo que utiliza de alguns conceitos, como o de paradigma, para estabelecer analogias, demonstrando a dificuldade de se firmar critérios objetivos e seguros no direito processual penal. Nesse sentido, em ensaio introdutório da obra Ian Hacking aponta que “a ciência normal é caracterizada por um paradigma que legitima quebra-cabeças e problemas sobre os quais a comunidade trabalha. Tudo vai bem até que os métodos legitimados pelo paradigma não conseguem enfrentar o aglomerado de anomalias; daí resultam e persistem crises até que uma nova realização redirecione a pesquisa e sirva como um novo paradigma. Isto é, um deslocamento de paradigma”. KUHN, Thomas S. *Estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 13. ed. São Paulo: Perspectiva, 2017. p. 29.
44. SEREJO, Lourival. *Comentários ao código de ética da magistratura nacional*. Brasília-DF: ENFAM, 2011. p. 28/36/52/89/94.
45. Jeremy Bentham questionava se o defensor público é menos necessário que o acusador público, pois segundo o filósofo, idealizador do panóptico, a sociedade também deveria estar interessada na segurança da inocência e não deveria empregar mais meios para o ataque do que para a defesa. FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. 2. Teoría de la democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2016. p. 453.

funções em um sistema democrático e por isso, não é ideal deixar ao lado do Ministério Público o juízo de proteção dos interesses do investigado sob o argumento de protetor da ordem jurídica⁴⁶ e que isto sempre lhe daria um respaldo legítimo de atuação. Essa é uma das anomalias processuais que reforçam o estabelecimento de novos paradigmas⁴⁷ para fortalecimento da defesa pública.

Thomas S. Kuhn⁴⁸ esclarece que as descobertas científicas iniciam com a constatação da existência de anomalias. A ciência normal, que antes se produzia a partir de um paradigma, necessita de uma resposta à crise dando lugar a um novo paradigma⁴⁹. Por outro lado, não se pode olvidar das observações lançadas por Marcelo Aebi⁵⁰ em sua análise à Criminologia Crítica de Alessandro Baratta, que sustenta os conceitos de revolução científica de Kuhn na análise da etiologia do comportamento desviado e sua relação com o determinismo científico. Um dos problemas apontados por Aebi é a dificuldade de se reconhecer o transporte de métodos das ciências naturais para as ciências sociais. No campo dos paradigmas, as ciências naturais têm melhores condições de observação quando há superação de determinadas concepções, como por exemplo, na Física, a incompatibilidade de alguns paradigmas estabelecidos por Newton, no domínio da

46. A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 127 descreve que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

47. Fritjof Capra sustenta a importância da superação e a necessidade de um novo paradigma que forneça uma nova visão da realidade, abandonando, essencialmente, a concepção mecanicista para a visão holística da realidade, no qual esta “baseia-se na consciência do estado de inter-relação e interdependência essencial de todos os fenômenos – físico, biológico, psicológico, sociais e culturais”. CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação: a ciência, a sociedade e a cultura emergente*. Trad. Alvaro Cabral. São Paulo: Editora Cultrix, 1986. p. 14-259.

48. Segundo o supracitado autor, “a descoberta começa com a consciência da anomalia, isto é, com o reconhecimento de que, de alguma maneira, a natureza violou as expectativas paradigmáticas que governam a ciência normal”. KUHN, Thomas, S. *Estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 13. ed. São Paulo: Perspectiva, 2017. p. 128.

49. A necessidade de transição paradigmática também é abordada por Habermas quando constata a possibilidade de fundamentar as ciências sociais numa teoria da comunicação, apontando a mudança de paradigma em Mead e Durkheim, da atividade orientada por fins ao agir comunicativo. Nota-se que o termo paradigma também é trabalhado como algo a ser superado quando aquele não mais sustenta determinada teoria. Assim, no início do século XX, o modelo ou paradigma “sujeito-objeto” que constituía a base da filosofia da consciência é alvo da filosofia da linguagem analítica e da psicologia do comportamento, “as quais desistem da busca de um acesso direto aos fenômenos da consciência, substituindo o autoconhecimento intuitivo, a reflexão e a introspecção por procedimentos que não dependam da intuição”. HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo 2: sobre a crítica da razão funcionalista*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p. 6.

50. AEBI, Marcelo F. *Crítica de la criminologia crítica: una lectura escéptica de Baratta*. Disponível em: [https://serval.unil.ch/resource/serval:BIB_715E359B11FFP001/REFpdf]. Acesso em: 17.03.2021. p. 20/45.

Mecânica, e Einstein a partir da teoria da relatividade⁵¹. Desse modo, enquanto nas ciências naturais os paradigmas científicos são de difícil convivência, nas ciências sociais, ao invés de substituídos, os paradigmas se complementam. Assim, haveria inconvenientes metodológicos e epistemológicos na Criminologia Crítica de Baratta.

A crítica de Marcelo Aebi encontra ressonância no processo penal, pois percebe-se claramente a convivência de paradigmas processuais distintos, ou mais especificamente, em nosso país, características do sistema processual inquisitório e acusatório estão dentro de uma mesma legislação, de modo que há divergências quanto ao modelo adotado. Por outro lado, isso não afasta que seja defendida a adoção de um único sistema processual, evitando contradições e interpretações que possam causar anomalias.

Por outro lado, destacam-se as observações de Fritjof Capra e Pier Luigi Luisi, apontando que as teorias de Giddens e Habermas “são tentativas de integrar estudos sobre o mundo exterior das causas e efeitos”, de modo que estes “teóricos sociais integram percepções provenientes das ciências naturais, das ciências sociais e das filosóficas cognitivas, rejeitando as limitações do positivismo”⁵².

O que se indaga, então, nesse momento, é se há espaço para a modificação da estrutura processual vigente para que a Defensoria Pública alcance patamar de atuação sagrado à Polícia Judiciária e ao Ministério Público. Necessário que se enumerem alguns pontos cruciais na atuação, principalmente do Ministério Público, que o colocam numa suposta posição de neutralidade sob o manto de protetor da ordem jurídica, mas que de alguma forma possuem um grau de anomalia.

2.2. *Mitologia processual penal*

Rubens Casara identifica algumas dessas anomalias ao constatar a existência de uma mitologia processual penal em que se colocam em xeque a neutralidade do julgador, a imparcialidade do ministério público, a verdade real, o livre convencimento, o consenso penal e o processo penal como instrumento de pacificação social ou autoritária⁵³.

51. A teoria especial da relatividade unificou e completou a teoria da física clássica e introduziu radicais mudanças nas concepções tradicionais de espaço e tempo, deixando ao largo os fundamentos newtonianos. CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. *A visão sistêmica da vida: uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas*. São Paulo: Cultrix, 2014. p. 100.

52. CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. *A visão sistêmica da vida: uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas*. São Paulo: Cultrix, 2014. p. 373.

53. Segundo Rubens Casara, “o mito da neutralidade do juiz, vinculado à mesma ideologia que resume as normas processuais a meras normas técnicas, revela-se datado e não resiste à análise transdisciplinar da atuação concreta da agência judicial”. O mito da imparcialidade do Ministério Público: “Na medida em que se acreditam em uma ‘parte imparcial’, os magistrados passam a se identificar com o Ministério Público (o Estado contra o crime e o criminoso) e reservam ao

Do mesmo modo, a semiótica ensina a ter um olhar diferente sobre o espaço jurídico. O posicionamento dos atores processuais no espaço revela o juiz ao lado do Ministério Público e o advogado ou defensor em lugar não equidistante daqueles⁵⁴. O discurso não é produzido apenas por atos de fala, mas também por sinais, disposição espacial das pessoas no Fórum, nas imagens sacramentais pregadas na parede, no contato constante com o aparelho celular, durante a audiência, enquanto alguém está com a palavra, na presença do acusado algemado na audiência e ao lado deste um policial sempre pronto para atuar, durante o interrogatório, quando o juiz e promotor, ao invés de perguntarem sobre os fatos, questionam sobre as crenças, o passado, a ficha criminal do acusado, demonstrando que o processo penal é um ritual de descoberta da pessoa, um processo de reprovação de comportamento sociais que não se ligam somente aos fatos que o levaram ao banco dos réus, consistindo muitas vezes num ato político, seletivo, ideológico e mantenedor do status quo. O reconhecimento de anomalias racha a base estrutural das instituições, justificando-se correções no sistema processual.

Reputa-se também fundamental para uma nova mentalidade na construção de um processo penal legítimo as mudanças recentes que deram ao Ministério Público o poder de investigar e de celebrar acordos penais juntamente com a polícia judiciária.

Historicamente, não se sabe ao certo como as funções do acusador se desenvolveram. Alguns reputam à Grécia Antiga e à Roma. Outros definam a origem do Ministério Público como órgão de acusação no modelo francês ainda na Idade Média com o surgimento dos Procuradores do Rei que, além de fiscalizar a cobrança de tributos, agiam na acusação criminal nos interesses da Coroa. Ressalta-se, que nesse período absolutista, ações contrárias às ordens regentes implicavam ofensa não somente aos interesses da vítima, mas aos próprios interesses da Coroa⁵⁵.

Sabe-se, por outro lado, que acusação e defesa possuem interesses de origem privada, de modo que as questões criminais eram levadas à justiça pela própria vítima. Esta era responsável pela acusação e posteriormente o suposto autor apresentava a sua defesa. À medida que o Estado imperial se consolida na Grécia e os conflitos interpessoais e políticos ficam mais complexos, o Estado, evitando tornar impune eventuais pessoas que

acusado (o outro/a outra parte) um natural distanciamento". CASARA, Rubens R. R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 147-148, 153.

54. A Ação Direta de Constitucionalidade 4768 questiona a alínea "a", inciso I, artigo 18 LC 75/93 e artigo 41, inciso XI, Lei 8.625/93 que dispõe sobre o lugar ocupado pelo promotor na sala de audiência.

55. Michel Foucault, em aula de 1 de março de 1972, ressalta que a crise da feudalidade havia levado à organização de um poder régio centralizado, único meio de fazer frente aos grandes movimentos populares. A justiça centralizada manifesta-se na instituição de um Parlamento. Outro ponto referente é a ampliação dos casos régios de interesse da Coroa, o que analogamente, em tempos atuais, poderia se referir aos crimes de ação penal pública incondicionada que interessam ao Estado. Consequentemente, a instauração dos procuradores régios. FOUCAULT, Michel. *Teorias e instituições penais*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2020. p. 169, 173.

contrariavam a lei, institui pessoas do próprio império, para tornar possíveis as acusações, seja na proteção dos interesses de terceiros que não se sentiam seguros para acusar ou seja na proteção de interesses da Coroa.

Percebe-se, diferentemente da defesa, que sempre esteve mais ligada a um interesse individual, a acusação sai da esfera privada para ocupar o interesse da sociedade e, consequentemente, constituir uma instituição estatal como o Ministério Público. Nesse sentido, a concepção democrática ministerial, esboçada na Constituição de 1988, não representa origem ligada ao Absolutismo com a concentração do Poder nas mãos do Rei.

O processo penal brasileiro não tem raízes autoritárias⁵⁶⁻⁵⁷ por acaso. Brasil, colônia de Portugal, país que esteve sob dominação franco-espanhola por determinado período, exerceu influência de suas crenças e costumes na sociedade brasileira que se implantou.

A estrutura inquisitorial faz com que as funções exercidas pelo Ministério Público e Juiz se aproximem de períodos totalitários. A gestão da prova pelo juiz é um exemplo que não se consegue superar. A polícia judiciária continua ligada ao Poder Executivo, fortemente sob sua ingerência política, ainda que se queira lhe atribuir algum tipo de autonomia. O Ministério Público, independente na folha de papel, teima em não se desvincular das raízes autoritárias de seu berço estabelecido na Idade Média, juntamente com o Poder Judiciário. Isso se percebe claramente no Brasil. Por outro lado, a percepção da existência de anomalias exige transformações no sistema processual para redução do desequilíbrio entre acusação e defesa.

3. MECANISMOS DE REPRODUÇÃO DO SABER/PODER

O discurso jurídico constitui uma das formas de reprodução do saber/poder e pode ser percebido por meio de diferentes canais comunicativos. Os fundamentos ideológicos para a ampliação da justiça penal consensual repousam basicamente nos seguintes argumentos: enfrentar o inchaço e colapso⁵⁸ do poder judiciário e o aumento da crimina-

56. Conforme leciona Antonio Pedro Melchior, a tradição inquisitiva, do qual o processo penal brasileiro não passa ao largo, é a base do pensamento autoritário e “fornece um repertório de significantes que constitui um patrimônio antidemocrático disponível na atualidade”. MELCHIOR, Antonio Pedro. *O juiz e a prova: O sintoma político do processo penal*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 61.

57. Nessa mesma linha, Ricardo Jacobsen Gloeckner ressalta que “no Brasil, existe uma tradição sociológica que aponta em direção a uma concepção de autoritarismo brasileiro, compreendido a partir de lentes pretensamente weberianas. Um grande conjunto de teorias parte do chamado ‘patrimonialismo’, ou ainda, tratarão de explicitar a origem da formação patrimonialista do Brasil”. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. v. 1. p. 140.

58. BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. *Acordo de não persecução penal: teoria e prática*. Leme-SP: JH Mizuno, 2019. p. 20.

lidade⁵⁹; pragmatismo⁶⁰; eficiência⁶¹; celeridade; priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e Poder Judiciário para o processamento e julgamento dos casos mais graves⁶². Nesse sentido, por trás de todo discurso jurídico, há uma forma de ideologia de dominação.

A análise da ideologia de poder tem três núcleos fundamentais:

“a) a tipologia dos discursos; b) as condições de reprodução e recepção dos discursos; e c) o funcionamento específico das práticas como partes assimétricas entre interlocutores em que uma ação do enunciador pode influenciar, pela persuasão ou manipulação, o enunciatário.”⁶³

O primeiro núcleo pode ser representado com as seguintes características: tipo de discurso, objeto do discurso, função dominante, dispositivo ideológico, os sujeitos do discurso, as macros operações, o tipo de discurso e o tom. Alguns destes serão trabalhados à frente.

O segundo núcleo, as práticas discursivas, são tomadas em consideração as suas condições de produção-recepção. Em relação ao terceiro núcleo, estuda-se o funcionamento em si do poder e da ideologia.⁶⁴

Na audiência para aceitação da proposta de acordo de não persecução penal⁶⁵ tem-se como sujeito do discurso o representante do Ministério Público e o investigado com seu

59. SOUZA, Renee do Ó. Acordo de não persecução penal previsto no novo art. 28-A do Código de Processo Penal, inserido pela Lei 13.964/2019. In: SOUZA, Renee de Ó (Org.). *Lei anticrime: comentários à Lei 13.964/2019*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 122.

60. ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 63.

61. Id.

62. LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote anticrime: comentários à Lei n. 13964/19 – artigo por artigo*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 219.

63. RICHARDSON, Roberto Jarry. *Pesquisa social: métodos e técnicas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 289.

64. Nestes pontos, Richardson indica os aspectos a “estudar para revelar os modos de funcionamento do poder e da ideologia: as formas do que é excluído e do que é imposto nos discursos; os processos de interdiscursividade, os modos como se anulam diversos subtipos de discurso dentro da prática que se pretende pesquisar; as formas imaginárias: o modo como enunciadores-enunciatários imaginam a situação em relação ao outro e aos objetos de referência; as modalidades discursivas: ou seja, o grau de compromisso que o enunciador tem com o enunciado, as marcas subjetivas que imprime no discurso; os elementos estruturais e conjunturais, os atores do discurso e o poder, os estereótipos ideológicos, a deixis pessoal e a modalização do discurso, entendida como as marcas da subjetividade do enunciador num determinado discurso.” RICHARDSON, Roberto Jarry. *Pesquisa social: métodos e técnicas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 290-291.

65. Utilizou-se como referência o modelo de proposta de acordo de não persecução penal descrito por Barros e Romaniuc. BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. *Acordo de não persecução*

advogado ou defensor público. Como regra, as audiências são gravadas e a análise do discurso oral produzido é essencial para a compreensão da metodologia, mas o enfoque deste ensaio se dará apenas por meio do documento de forma escrita.

O ANPP é produzido entre interlocutores que não estão em igualdade na situação de fala. O Ministério Público, ao receber a investigação criminal, é o responsável por analisar a possível presença dos requisitos formais para formular uma proposta de acordo com as respectivas cláusulas para cumprimento que, em regra, não se modifica na audiência designada para tal fim, pois o promotor de justiça já fez o seu juízo de valor quanto às possibilidades e condições a serem cumpridas pelo investigado que, juntamente com o advogado ou Defensor tomam decisão do tudo ou nada, pois caso não aceitem a proposta, a denúncia será oferecida. Logo, dificilmente o investigado e seu defensor conseguirão argumentar para que algumas das cláusulas sejam afastadas, tais como a confissão.

Ao mesmo tempo que o discurso jurídico ministerial ressalta nos *consideranda*⁶⁶ os valores constitucionais e o sistema acusatório, por outro lado trabalha com elementos arraigados em época medieval e inquisitória, como a confissão, que tem um peso fundamental para a efetivação do acordo.

Embora o texto indique um comprometimento do investigado em cumprir determinadas medidas de forma voluntária, o comando principal se dá sutilmente de forma imperativa⁶⁷, pois, não cumprindo o acordo, haverá consequências como o ofereci-

penal: teoria e prática. Leme-SP: JH Mizuno, 2019. p. 134-136). A análise do termo de acordo de não persecução penal tem como objetivo servir de referência para uma análise do discurso, conforme a proposta de Haidar e Rodriguez, onde se verifica a ideologia e o poder. RICHARDSON, Roberto Jarry. *Pesquisa social: métodos e técnicas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 288-291.

66. [...] Considerando que “a Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema acusatório – e não pelo sistema inquisitorial – criando as bases para uma mudança profunda na condução das investigações criminais e no processamento das ações penais no Brasil” [...] Considerando o acordo de não persecução penal um instrumento de economia processual e celeridade na distribuição da Justiça, a qual só se materializa na efetiva proteção dos bens tutelados pelo Estado e na repressão aos delitos); [...]. BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. *Acordo de não persecução penal: Teoria e prática*. Leme-SP: JH Mizuno, 2019. p. 134-136.
67. [...] O INVESTIGADO, por intermédio deste acordo, obriga-se a (reparar/restituir xxx à vítima...) [...] O INVESTIGADO se compromete a comunicar ao Ministério Público acerca de eventual mudança de endereço ou número de telefone. [...] O INVESTIGADO prestará serviços à comunidade por período correspondente a XXX, à razão de XXX horas por semana, na Associação XXX, CNPJ XXX, sediada na XXX... [...] O INVESTIGADO pagará prestação pecuniária no valor de R\$ XXX (XXX), destinada à entidade XXX, CNPJ nº XXX, sediada na XXX... [...] O INVESTIGADO assume a obrigação de, mensalmente, comprovar o cumprimento das condições, independentemente de notificação ou aviso prévio, devendo, quando for o caso, por iniciativa própria, apresentar imediatamente e de forma documentada eventual justificativa para o não cumprimento do acordo. [...] Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo ou não comprovado O INVESTIGADO o seu cumprimento, no prazo e condições estabelecidas, o Ministério Público, sendo o caso, imediatamente oferecerá denúncia. [...] O descumprimento do acordo de não persecução pelo investigado poderá,

mento da denúncia e não ter direitos a outros institutos despenalizadores descritos na Lei 9.099/1995. Ou seja, simbolicamente, a mensagem passada pelo Estado para o investigado é que ele faça, pague, cumpra, comunique, repare, restitua, preste serviços, apresente, justifique, compareça, sob pena de sanção.

Ao contrário de um senso comum teórico de que não haveria hierarquia das provas, a confissão tem sempre um lugar de destaque na convicção do julgador e do acusador. A confissão faz as vezes do inquérito policial e, no limite, a um flagrante delito. Assim explica Foucault⁶⁸ no conceito desse instituto que está presente em diversos períodos históricos e pouco mudou em seu conteúdo. Pode-se dizer que o ANPP, ao exigir a confissão, mesmo que esse documento isolado não sirva para atestar a culpa, ao ser transportado para a fase judicial, caso descumprido, será utilizado como prova, e agora com algo a mais, uma confissão realizada na presença de seu próprio defensor.

Por outro lado, o ANPP traz em seu conteúdo ideologias veladas, tais como da Segurança Pública na repressão ao crime, com o uso do poder disciplinar e biopoder, tornando os processos criminais mais rápidos, porque alongar o tempo reforçaria a impunidade. Assim, a ciência jurídica torna-se instrumental e estratégica, sem questionar seus verdadeiros princípios. E se a razão instrumental está em oposição à razão comunicativa⁶⁹, não há por que se concluir que a justiça penal consensual esteja ligada ao discurso habermasiano de emancipação.

Nesse sentido, como há déficit de garantias processuais na fase preliminar, pela ausência de obrigatoriedade da defesa técnica no interrogatório policial, por exemplo, ou pela inexistência de uma instituição defensiva que fiscalize e colabore com a legalidade dos atos de investigação, antes de eventuais medidas limitadoras da liberdade, os documentos recebidos pelo titular da ação penal são vistos com desconfiança pela defesa, seja pela seletividade penal, ou no juízo de falhas na avaliação dos elementos colhidos pelos órgãos de persecução penal.

na forma do artigo 89, da Lei 9.099/95, ser utilizado pelo Membro do Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo. [...] Cumprindo integralmente o acordo, o Ministério Público promoverá o arquivamento da investigação, sendo que esse pronunciamento, estando em conformidade com as leis e com a Resolução 181/2017, do CNMP, vinculará toda a Instituição, na forma do artigo 18, § 8º, do referido ato normativo. [...]. Ibid., p. 134-136.

68. FOUCAULT, Michel. *Teorias e instituições penais*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2020. p. 189.

69. De acordo com Bárbara Freitag, “a racionalização da economia e do Estado resultou na hegemonia da racionalidade instrumental. A modernização societária significou, ao mesmo tempo, a expulsão da racionalidade comunicativa do mundo do sistema e sua limitação ao mundo vivido. A economia e o Estado asseguram a reprodução material e institucional da sociedade moderna, sem, contudo, admitir o questionamento dos princípios que regem o seu funcionamento”. FREITAG, Barbara. *Dialogando com Jürgen Habermas*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005. p. 166.

4. DEFENSOR PÚBLICO DE GARANTIAS

4.1. *O referencial europeu*

A unificação europeia⁷⁰ modificou os conceitos de soberania⁷¹ e impactou as legislações locais, que devem apresentar um mínimo de homogeneidade para que tenham legitimidade em toda a comunidade. Nesse sentido, as ciências criminais⁷² estudam formas de adaptação da lei penal material e processual num cenário de compartilhamento institucional. Propostas de criação de novas instituições como o Eurojust⁷³ e o Ministério Público Europeu tomaram à frente das discussões como forma de enfrentamento da criminalidade organizada.

Pelo Tratado da Constituição Europeia, o Eurojust teria a função de apoiar e reforçar a coordenação e a cooperação entre as autoridades nacionais encarregadas de investigar e perseguir crimes graves que afetem a dois ou mais Estados membros ou que deva perseguir segundo critérios comuns, baseando-se em operações efetuadas e em informação proporcionada pelas autoridades de Estados-membros e pela Europol⁷⁴. Por outro lado, um grupo de juristas europeus, diante do cenário de transformação e modificação do

70. A União Europeia é um esforço de mais de duas dezenas de países com o objetivo de criação de uma comunidade de nações com moeda única, integração econômica e regional com origem ainda no período Romano e na Idade Média, mas que se fortaleceu após a II Guerra Mundial com o Conselho da Europa e, mais recentemente, a partir do Tratado do Lisboa. PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado: Incluindo noções de direitos humanos e direito comunitário*. 11. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 1256-1257.

71. As Revoluções Liberais do século XVIII romperam com o Estado Absoluto e a ideia de soberania real para dar lugar à soberania popular e que possui ligação essencial com o conceito de democracia. Nesse sentido, para a construção de uma comunidade de nações, cada Estado deve relativizar conceitos de povo como mesma língua, que ocupam uma mesma região geográfica e uma mesma fonte política para dar lugar a uma expressão política democrática de origem uniforme e por isso também a dificuldade de estabelecimento de uma Constituição Europeia.

72. Com a integração europeia e necessidade de se estabelecer legislações coerentes nos Estados Membros, há um amplo debate para que se crie um sistema penal europeu uniforme. Nesse sentido, “a europeização é um fenômeno que não se manifesta somente no ramo penal, mas em todas as áreas do Direito de cada Estado membro”, assumindo assim múltiplas formas. SATZER, Helmut. A europeização do direito da União Europeia no ordenamento jurídico-penal nacional dos estados membros. In: AMBOS, Kai; BOHM, Maria Laura (Orgs.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 175-176.

73. A Unidade Europeia de Cooperação Internacional (Eurojust) foi instituída pelo Tratado de Nice com o objetivo de acelerar a cooperação entre autoridades judiciárias dos Estados-membros no que respeita à tramitação dos processos e execução das decisões, incluindo também a função de colaborar para as investigações relativas aos processos referentes a formas graves de criminalidade transfronteiriça, especialmente quando se trate de criminalidade organizada. ABADÉ, Denise Neves. *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional: extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos*. São Paulo: Saraiva: 2013. p. 151.

74. Serviço Europeu de Polícia com sede em Haia.

paradigma soberano estatal, apresentou um projeto alternativo de política criminal trazendo em seu bojo a criação do Eurodefensor⁷⁵.

O Estatuto da União Europeia não faz referência a um modelo de defesa que se repercuta para além de fronteiras nacionais. O Eurodefensor seria encarregado de apoiar e reforçar a defesa em procedimentos penais de casos criminais graves transfronteiriços, com estrutura, forma de trabalho e atuação de suas tarefas regulados por leis europeias⁷⁶. Além disso, o Eurodefensor poderia realizar contatos e servir de mediador da defesa, coordenar a defesa quando vários defensores intervissem em diferentes países, pôr à disposição da defesa informação e documentos, apoio financeiro da defesa quando, a juízo do Eurodefensor, existir a necessidade⁷⁷. De forma resumida, a partir de três pilares – Eurojust, Ministério Público Europeu e Eurodefensor – haveria condições de apresentar um sistema equilibrado. Apenas o Eurojust alcançou regulamentação, ao passo que embora Ministério Público e Eurodefensor não tenham ainda se efetivado, os fundamentos de suas criações podem perfeitamente servir de inspiração para o aperfeiçoamento de outras legislações nacionais. É o que se pretende na sugestão de proposta do Defensor Público de Garantias que na sequência se detalha.

4.2. O Defensor Público de Garantias

O Defensor Público de Garantias tem como objetivo acompanhar a investigação preliminar, em atos sigilosos, e sua participação se dará de forma análoga, mas não totalmente, nos mesmos moldes do que já ocorre a partir da implantação do Juiz de Garantias trazido pela Lei 13.964/2019. No entanto, isso não quer dizer que a existência daquele dependa do julgamento das ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305 pelo Supremo Tribunal Federal, em que se questiona a implantação deste juízo⁷⁸.

A presença do Defensor Público já na fase de investigação, inclusive para se manifestar em representações da autoridade policial em pedidos de prisão temporária, preventiva, busca e apreensão ou em processos sigilosos de atribuição inicial do Ministério Público, decorre das recentes transformações no modelo de justiça penal e mutações de

75. SCHÜNEMANN, Bernd. Proyecto Alternativo del Persecución Penal Europea. VALLEJO, Manuel Jaén; BRAVO, Emilio Moreno y; CASTAÑO, Ma. Luisa Silva (Org). Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”. n. 31. Madrid: Dykinson. 2007.

76. Ibid., p. 24.

77. Id.

78. Até o momento da elaboração deste artigo o instituto do juiz de garantias, inserido no Código de Processo Penal pela Lei 13964 de 2019, chamada Lei Anticrime, estava suspenso pelo Supremo Tribunal Federal e sem previsão de julgamento.

funções desempenhadas pelos defensores públicos, no qual destaco o reconhecimento de sua função como *custos vulnerabilis*⁷⁹⁻⁸⁰.

Sabe-se que a polícia judiciária não detém o monopólio da investigação. No julgamento do Recurso Extraordinário 593.727⁸¹ concedeu-se poderes ao Ministério Público para atuar na fase preliminar. Tal mudança, fundamentada precipuamente nos poderes implícitos deste órgão, contribuíram ainda mais para o desequilíbrio processual entre acusação e defesa. Nesse aspecto, o coro de quem atua do outro lado pela legalização do procedimento de investigação criminal pela defesa tem como objetivo proporcionar a igualdade de armas⁸².

O modelo sugerido designa um defensor público, que ficará impedido de ter contato com quaisquer investigados, realize atos em favor da defesa processual na fase de investigação, cessando sua atuação tão logo o investigado tenha ciência das investigações, pois, a partir dessa fase, teria condições de constituir advogado ou receber assistência jurídica de outro Defensor Público vinculado ao processo criminal forense.

Assim, o Defensor Público de Garantias atua no interesse da defesa, buscando a proteção da legalidade, legitimidade e regularidade processual e procedimental, e não diretamente em favor do investigado, que em nenhuma hipótese poderá ter conhecimento

79. Pioneiro no uso da expressão *custos vulnerabilis*, Maurilio Casas Maia (2014) trazendo as lições de Luigi Ferrajoli em Direito e Razão, concebe-se um modelo de defesa espelhado na atuação da acusação pública. Assim, como há um Ministério Público com as funções de acusar, com base na igualdade de armas, legitimar-se-ia um Ministério Público da Defesa. Tal denominação é utilizada na Argentina no que em terras brasileiras entende-se como Defensoria Pública. DIAS, Eduardo Augusto da Silva. Dificuldades e possibilidades de atuação da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis* no processo penal. In: OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias de; ROCHA, Jorge Bheron; PITTARI, Mariella; MAIA, Maurilio Casas (Orgs.). *Teoria geral da Defensoria Pública*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020. p. 630.
80. SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; MAIA, Maurilio Casas. O garantismo penal, o encarcerado vulnerável e a intervenção da Defensoria Pública na execução penal: Custos vulnerabilis?. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 152, ano 27, p. 173-209, fev. 2019.
81. O tema 184 de Repercussão Geral restou consignado da seguinte forma: 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 8.906/1994, art. 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.
82. O sistema jurídico italiano buscou trazer uma nova concepção de paridade de armas. Desse modo, conforme menciona Franklyn Roger, “ainda que a igualdade de condições entre as partes não tenha sido alcançada com a simples previsão do instituto, é inegável que houve um compartilhamento da responsabilidade de se preparar para o enfrentamento do processo penal”. SILVA, Franklyn Roger Alves. *Investigação criminal direta pela defesa*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 268-269.

dos atos sigilosos durante a investigação. Para tanto, o Defensor Público de Garantias não poderá atuar no processo criminal forense deste mesmo acusado ou em outro caso em andamento, sob risco de comprometer suas funções e compromisso ético, afastando assim possíveis argumentos de que um conhecimento prévio da investigação sigilosa comprometeria a busca probatória ou colocaria obstáculos à busca da verdade processual.

4.3. *Por uma nova proposta de atuação defensiva: o defensor público de garantias*

A Defensoria Pública pode contribuir para a redução das desigualdades, desde que se efetivem claramente os objetivos para a qual se propôs, a defesa dos pobres, consubstanciando uma verdadeira revolução democrática da justiça⁸³. A assistência judiciária dos humildes remonta aos períodos antigos e no decorrer da história buscou-se amparar aquele que não tivesse condições de proporcionar uma defesa adequada para que não houvesse desequilíbrio nas disputas judiciais⁸⁴.

Mais recentemente, o modelo brasileiro antes da Constituição de 1988 estava ligado à estrutura estatal com a assistência judiciária basicamente ligada ao Poder Executivo, com poucas variações, como foi exemplo do surgimento dos cargos de Defensores Públicos no Estado do Rio de Janeiro com a função de patrocinar a defesa dos pobres, mas dentro de uma organização sob a chefia, ora da Procuradoria do Estado e ora do Procurador Geral de Justiça, após a fusão dos ex-Estados do Rio de Janeiro e Guanabara⁸⁵. Logo, as autonomias funcionais e administrativas são conquistas alcançadas apenas com

83. Para Boaventura de Sousa Santos, “tendo em conta a evolução dos mecanismos e concepções relativas ao acesso à justiça, a proposta de construção de uma defensoria pública, nos moldes como está prevista sua atuação no Brasil, acumula diferentes vantagens potenciais: universalização do acesso através da assistência prestada por profissionais formados e recrutados especialmente para esse fim; assistência jurídica especializada para a defesa de interesses coletivos e difusos; diversificação do atendimento e da consulta jurídica para além da resolução judicial dos litígios, através da conciliação e da resolução extrajudicial de conflitos e, ainda, atuação na educação para os direitos. Estas particularidades distinguem a defensoria, dentre as outras instituições do sistema de justiça, como aquela que melhores condições têm de contribuir para desvelar a procura judicial suprimida. Noutras palavras, cabe aos defensores públicos aplicar no seu quotidiano profissional a sociologia das ausências, reconhecendo e afirmando os direitos do cidadão intimidados e impotentes, cuja procura por justiça e o reconhecimento do(s) direito(s) têm sido suprimidos e ativamente reproduzidos como não existentes”. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 50-51.

84. MORAES, Humberto Peña de; SILVA, José Fontenele T. da. *Assistência judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado*. 2. ed. rev e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 17.

85. *Ibid.*, p. 117-118.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; DIAS, Eduardo Augusto da Silva. Defensor público de garantias e consenso no processo penal.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 184. ano 29. p. 183-214. São Paulo: Ed. RT, outubro 2021.

a Constituição de 1988, mas que não se efetivaram automaticamente, pois até recentemente havia estados que não tinham implantado a Defensoria Pública⁸⁶.

A partir da promulgação da Constituição de 1988, a Defensoria Pública passa por uma fase de estruturação. A organização de um espaço que lhe proporcione atuação adequada para a defesa dos necessitados depende de esforços orçamentários e aumento no quadro de Defensores Públicos que ainda não estão presentes em muitas das comarcas brasileiras⁸⁷.

Por outro lado, a defesa do necessitado exige do Defensor Público a realização de diversas funções nas áreas cível, criminal e família, primordialmente. Tradicionalmente, o patrocínio da Defensoria Pública esteve ligado ao indivíduo que não tivesse condição de pagar um advogado e, por isso, denominado necessitado. Porém, o conceito de necessitado passa a ser entendido para além da questão meramente econômica⁸⁸, dando lugar a uma leitura que o coloque como sinônimo de vulnerável⁸⁹, ampliando a margem de interpretação que dê legitimidade à atuação da Defensoria Pública.

86. Conforme aponta o IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil, apenas 8 estados tinham Defensoria Pública instaladas nos moldes constitucionais, enquanto os demais estados modelos de assistência judiciária basicamente ligados ao poder Executivo, ou seja, sem autonomia administrativa e financeira. Estados como São e Santa Catarina, somente instalaram formalmente suas Defensorias Públicas em 2006 e 2012, respectivamente. GONÇALVES, Gabriella Vieira Oliveira; BRITO, Lany Cristina Silva; FILGUEIRA, Yasmin von Glehn Santos (Orgs.). *IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2015. p. 19.
87. O último diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil aponta ainda que “muitos Defensores Públicos Estaduais e Federais reivindicam a necessidade de revisão da Lei de responsabilidade Fiscal, em ambos os níveis federativos de modo a contemplar com percentuais fixos de repasse anual às Defensorias. A destinação fixa de recursos faz com que os horizontes de planejamento das instituições sejam baseados em projeções sólidas, e o planejamento institucional seja realizado de forma eficaz, consequente e realista”. GONÇALVES, Gabriella Vieira Oliveira; BRITO, Lany Cristina Silva; FILGUEIRA, Yasmin von Glehn Santos (Orgs.). *IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2015. p. 130.
88. Tradicionalmente, o conceito de necessitado esteve ligado à hipossuficiência econômica, enquanto esta é apenas uma das formas de vulnerabilidade. Logo, no que tange à vulnerabilidade processual esta é a “suscetibilidade do litigante que o impede de praticar os atos processuais em razão de uma limitação pessoal involuntária ensejada por fatores de saúde e/ou de ordem econômica, informacional, técnica, ou organizacional de caráter permanente ou provisório”. TARTUCE, Flávia. *Vulnerabilidade como critério legítimo de desequiparação no processo civil*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2011. [www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-16082012-143743/publico/Versao_integral_Fernanda_Tartuce_Silva_Tese_USP.pdf]. Acesso em: 17.01.2021.
89. Nesse sentido, a “expressão ‘necessitados’, além do aspecto financeiro, é também lida pelo ponto de vista organizacional ou coletivo, ou seja, amplo, nas atribuições de caráter institucional ou coletivo – conforme se depreende a partir da decisão do próprio Supremo Tribunal Federal(ADI n. 3943 e RE-Rg n. 733.433), interprete maior da Carta e do Superior Tribunal de Justiça(EResp n. 1192577)”. GONÇALVES FILHO, Edilson Santana; ROCHA, Jorge Bheron; MAIA, Maurílio

Assim, a atuação defensorial não se resume apenas às demandas individuais, de modo que a identificação de direitos metaindividuais que repercutam em grupos vulneráveis, também lhe permitem o patrocínio. Isso pode ser percebido nas modificações trazidas pelo Código de Processo Civil (artigos 185 e 554 do CPC) e Lei de Execução Penal (art. 81-A).

No que tange à matéria criminal, incumbe à Defensoria Pública a realização de diversas funções, todas elas dentro de uma atuação defensiva tradicional, com o patrocínio da parte que não tem condições de custear as despesas com advogado particular.

Por outro lado, cabe destacar o que convencionou-se denominar *custos vulnerabilis*⁹⁰ e suas repercussões nas áreas cível e criminal, ampliando o espaço de interlocução processual da Defensoria Pública para além de demandas individuais cíveis e na defesa individual do acusado no processo penal e execução penal. A proposta de criação do Defensor Público de Garantias também tem fundamento na ideia de proteção e vulnerabilidade processual daquele que não pode se defender, seja por ausência de informação, até mesmo quando este fato seja importante para a persecução penal e para a garantia de um processo justo e legítimo.

O que se pretende com o Defensor Público de Garantias é criar uma triangulação na relação procedimental para além da etapa processual que, em regra, ocorre após o recebimento da denúncia, pois o contraditório é princípio garantidor de uma decisão judicial legítima. O juiz, ao avaliar a medida limitadora da liberdade e outros direitos fundamentais em caráter cautelar, como interceptação telefônica, busca e apreensão, autorização para infiltração de agentes, não pode decidir apenas ouvindo representantes que poderiam ter um interesse delimitado, pois a busca de um determinado resultado contamina o investigador, como já foi demonstrado em diversos ensaios sobre a gestão da prova⁹¹.

Casas. CUSTOS VULNERABILIS: A Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis. Belo Horizonte: CEI, 2020. p. 59.

90. “A noção de custos vulnerabilis deve ser creditada a Maurílio Casas Maia ao estabelecer a atuação em nome dos ‘vulneráveis sociais’, que não se resumem aos necessitados apenas sob o viés financeiro. Segundo observa, essa vulnerabilidade pode ter caráter ampliado, como o organizacional ou geográfico, identificando que a Constituição catalogou diversos segmentos de necessitados e socialmente mais vulneráveis, como os consumidores, as crianças, os idosos, as pessoas com deficiências, etc”. Ibid., p. 7.
91. A observação de SCHÜNEMANN em relação ao comprometimento da imparcialidade do juiz que, ao receber a denúncia, tem conhecimento dos fatos apontados na investigação e por isso ficaria preso à rota traçada na investigação é válida para o representante do Ministério Público que também, sob o discurso da imparcialidade e protetor da ordem jurídica, julga-se em condições de avaliar com isenção elementos colhidos na investigação pela polícia ou pelo próprio Ministério Público que serviram de base à sua acusação. SCHÜNEMANN, Bernd. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. Coordenação: Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 207.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; DIAS, Eduardo Augusto da Silva. Defensor público de garantias e consenso no processo penal.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 184. ano 29. p. 183-214. São Paulo: Ed. RT, outubro 2021.

A denominação Defensor Público de Garantias surge como analogia ao termo juiz de garantias⁹² que atua na fase de investigação e à teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli⁹³, no qual também encontra fundamentação, juntamente à necessidade de eficácia vertical dos direitos fundamentais e nos princípios da reserva de jurisdição e contraditório.

De acordo com Ferrajoli, o garantismo⁹⁴ pode ser visualizado como uma filosofia política e como uma teoria crítica do direito. A primeira como uma doutrina normativa sobre o dever ser do direito penal desde um ponto de vista axiológico externo. Como teoria jurídica, o garantismo é uma teoria empírica e ao mesmo tempo normativa sobre o dever ser do direito penal desde um ponto de vista jurídica interno dos princípios de justiça incorporados nos ordenamentos e nas constituições.⁹⁵

O sistema de garantias de Ferrajoli aplica-se tanto no direito penal como no direito processual, de modo que neste, a submissão à jurisdição, descrita no axioma A7 *nulla culpa sine iudicio*, é pressuposto de todas as outras⁹⁶. Logo, como julgar o caso penal, deve passar necessariamente por etapas que garantam uma estrutura processual axiológica legítima e com garantias orgânicas. Assim, um modelo de Defensor Público de Garantias teria total amparo na obra ferrajoliana, pois contribuiria para a limitação do poder estatal, uma das finalidades do garantismo.

Seguindo a fundamentação proposta, a Constituição Federal de 1988 ressalta o direito ao contraditório e ampla defesa no processo judicial e administrativo sendo ampla a margem de fundamentação que dispõe a sua efetivação no inquérito policial⁹⁷. Diga-se

92. De acordo com o Código de Processo Penal: art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário.

93. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

94. Abordando a teoria do garantismo de Ferrajoli, Nestor Santiago e Maurílio Maia mencionam a existência de 3(três) significados de garantismo: a) o garantismo como modelo de direito b) o garantismo como teoria do direito e crítica do direito e c) o garantismo enquanto Filosofia do direito e crítica da política. SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; MAIA, Maurílio Casas. O garantismo penal, o encarcerado vulnerável e a intervenção da Defensoria Pública na execução penal: Custos vulnerabilis?. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 152, ano 27, p. 173-209, fev. 2019.

95. FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2010. p. 198-199.

96. O sistema de garantias proposto por Ferrajoli consiste, resumidamente, em dez axiomas que se desdobram em outras dezenas de teoremas, dentro de uma estrutura lógica. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 495.

97. O Defensor Público que atuará na defesa do investigado deve realizar um acompanhamento mais próximo já no início do conflito, potencializando a atuação estatal pré-processual, ainda que para isso ouça o depoimento de testemunhas, requisite perícias já na fase policial em favor de indiciados ou vítima, possibilite entrevista do indiciado e vítima na delegacia de polícia. Logo: “Numa estrutura coerente com o princípio acusatório já tantas vezes mencionado, pode-se

previamente, o Defensor Público de Garantias mitiga o contraditório diferido ou postergado, pois a defesa técnica atuará na qualidade de superação da vulnerabilidade do investigado frente a qualquer ato de investigação que limite seu direito fundamental. Proporcionalmente, se há um meio que evite o contraditório diferido e se isso é possível com o modelo de Defensor de Garantias, não há razão para recusas dos órgãos titulares da investigação criminal, pois uma decisão favorável do juízo respeitando um contraditório prévio robustece a legitimidade da decisão.

A reserva de jurisdição constitui um controle preventivo através de uma instância independente e neutra que conduz a uma melhor proteção possível dos direitos afetado⁹⁸. A neutralidade judicial só se garante, a partir da fiscalização dos atos, possibilitando o debate e ouvindo argumentos diferentes, nem sempre, nessa fase, contrários aos pedidos dos órgãos de persecução penal, pois o Defensor Público de Garantias não oferece resistência como defesa de mérito sobre a responsabilidade penal, mas defesa processual apontando possíveis erros da investigação, apresentando possíveis sugestões de medidas de menor restrição dos direitos fundamentais, dentro do princípio da proporcionalidade ou podendo até mesmo concordar, dependendo das circunstâncias, com a representação ou requerimento, desde que não exista outro meio para o alcance do objeto proposto.

O Defensor Público de Garantias também contribui para a eficácia vertical dos direitos fundamentais, de modo que a persecução penal não se afaste das garantias processuais do dever de investigar, processar e punir com ética⁹⁹. Isso tudo poderia parecer supérfluo não fosse a quantidade de processos criminais posteriormente anulados pelo Poder Judiciário e por irregularidades na fase de investigação. Do mesmo modo, no âmbito da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, não são poucos os casos julgados referentes a violações a direitos fundamentais ocorridas na fase de investigação.

Uma nova função para além daquela de defesa do mérito da imputação penal exige avanços no sistema de controle interno das defensorias, de modo a traçar os limites éticos do Defensor de Garantias. Assim, o Defensor que atua na fase de investigação não poderá

conceber dentro ainda da fase investigativa a possibilidade de cientificar-se o suspeito da realização de alguma perícia, por exemplo, facultando a presença do defensor técnico". CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 130.

98. MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 472.

99. Investigar com ética implica proibição de dar início a investigação a partir de denúncia anônima. Impõe aos agentes estatais que respeitem a dignidade humana e não atropelam os mais básicos direitos dos indivíduos. Significa que algumas medidas investigatórias que impliquem em restrições a relevantes valores constitucionais sejam apreciadas pelo Poder Judiciário. Investigar com ética significa proteção contra autoincriminação e garantia do direito ao silêncio. Processar com ética respeitando o devido processo. Punir com ética respeitando o princípio da reserva legal. MARMELESTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 6. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 173-193.

estar presente em interrogatório policial do réu ou atuar em sua defesa em juízo em razão de notório impedimento por ter agido na qualidade de Defensor Público de Garantias em etapa anterior.

5. NOTAS CONCLUSIVAS

A proposta de um Defensor Público de Garantias, ao permitir atuação defensiva na fase de investigação, em atos sigilosos, ainda sem conhecimento do investigado, converge para maior legitimidade à justiça penal consensual. Ao passo que se constata a existência de anomalias no sistema, principalmente na atuação de juiz e promotor desvinculados de suas bases processuais principiológicas, tais como a imparcialidade, que não é observada efetivamente na praxis processual, rompe-se o paradigma de que a investigação preliminar é válida, ainda que sem a participação defensiva.

A análise do discurso sobre o ANPP identificou ideologias que não se arraigam num viés comunicativo e sim instrumental e, conseqüentemente, não se pode falar em consenso, mas em algo mais próximo de uma imposição de vontade, um contrato de adesão, onde só uma parte tem as cartas do jogo e decide os rumos da negociação. Assim, os acordos de não persecução penal estão mais próximos de mecanismos de vigilância, de gestão sobre a vida das pessoas, ou seja, um poder disciplinar e um biopoder.

Por outro lado, a atuação do Defensor Público de Garantias exige previsão legal, como forma de afastamento de argumento de autoridade que possam negar sua aplicação processual, pois esclarece a margem de atuação do Defensor Público que não segue a mesma atuação forense, dando coesão e segurança ao sistema de garantias. Assim, o déficit de legitimidade da justiça penal consensual tenderá a diminuir com a apresentação de alternativas que compensem a falta de defesa em etapas pré-processuais.

Com efeito, considerando a necessidade de fortalecimento da defesa nos procedimentos investigatórios como forma de mitigar as anomalias e legitimar a justiça penal consensual, propõe-se alterações no Código de Processo Penal e Lei 7.960 de 1989 (Prisão temporária), cujas redações seguem anexo.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABADE, Denise Neves. *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional: extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos*. São Paulo: Saraiva: 2013.
- AEBI, Marcelo F. *Crítica de la Criminologia Crítica: Una lectura escéptica de Baratta*. Disponível em: [https://serval.unil.ch/resource/serval:BIB_715E-359B11FFP001/REF.pdf]. Acesso em: 17.03.2021.

- ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.
- ASENCIO GALLEGOS, José María. *Juicio oral em la ley de enjuiciamiento criminal española*. Curitiba: Juruá, 2017.
- ASSIS, Jesus de Paula. Kuhn e as ciências sociais. *Estud. av.* v. 7, n. 19, São Paulo, Sept./Dec. 1993. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141993000300004]. Acesso em: 16.03.2021.
- BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. *Acordo de não persecução penal: teoria e prática*. Leme-SP: JH Mizuno, 2019.
- BIAGGIO, Angela Maria Brasil. *Lawrence Kohlberg: ética e educação moral*. Lev Saraiva. Editora Moderna, 2006.
- BRITTO, Cláudia Aguiar Silva. *Processo penal comunicativo: comunicação processual à luz da filosofia de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2014.
- CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação: A ciência, a sociedade e a cultura emergente*. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Editora Cultrix, 1986.
- CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. *A visão sistêmica da vida: uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas*. São Paulo: Cultrix, 2014.
- CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. “Making a drug dealer”: O impacto dos depoimentos policiais e os efeitos da súmula 70 do TJERJ na construção do caso Rafael Braga. In: GRAZIANO SOBRINHO, Sérgio Francisco Carlos; DORNELLES, João Ricardo Wanderley; PEDRINHA, Roberta Duboc (Orgs.). *Seletividade do sistema penal: o caso Rafael Braga*. Rio de Janeiro: REVAN, 2018.
- CASARA, Rubens R. R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- DIAS, Eduardo Augusto da Silva. Dificuldades e possibilidades de atuação da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis* no processo penal. In: OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias de; ROCHA, Jorge Bheron; PITTARI, Mariella; MAIA, Maurílio Casas (Orgs.). *Teoria geral da Defensoria Pública*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2020.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia*. 2. Teoría de la democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2016.

- FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade 1: a vontade de saber*. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 9. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2019.
- FOUCAULT, Michel. *Teorias e instituições penais*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2020.
- FOUCAULT, Michel. O que são as luzes? In: MOTTA, Manoel Barros da. Michel Foucault: Arqueologia das Ciências e História dos Sistemas de Pensamento. Trad. Elisa Monteiro Coleção Ditos e Escritos II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.
- FREITAG, Barbara. *Dialogando com Jürgen Habermas*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. v. 1.
- GONÇALVES, Gabriella Vieira Oliveira; BRITO, Lany Cristina Silva; FILGUEIRA, Yasmin von Glehn Santos (Orgs.). *IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2015.
- GONÇALVES FILHO, Edilson Santana; ROCHA, Jorge Bheron; MAIA, Maurílio Casas. *CUSTOS VULNERABILIS: A Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis*. Belo Horizonte: CEI, 2020.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Editorial Trotta, 2010.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo 1: racionalidade da ação e racionalização social*. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo 2: sobre a crítica da razão funcionalista*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.
- HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido Antonio de Almeida. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro, RJ: Biblioteca Tempo Brasileiro, 2013.
- INGRAM, David. Foucault e Habermas. In: GUTTING, Gary (Org.). Foucault. Trad. André Oides. São Paulo: Ideais e Letras, 2016.
- KUHN, Thomas, S. *Estrutura das Revoluções Científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 13. ed. São Paulo: Perspectiva, 2017.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote anticrime: comentários à Lei n. 13964/19 – artigo por artigo*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- LYNCH, Richard A. A teoria do poder de Foucault. In: TAYLOR, Dianna (Org.). Michel Foucault: *Conceitos Fundamentais*. Trad. Fábio Creder, Petrópolis, RJ: Vozes, 2018.

- MALAN, Diogo. *A advocacia criminal e as habilidades do defensor*. Fonte: [www.conjur.com.br/2021-jan-27/diogo-malan-advocacia-criminal-habilidades-defensor]. Acesso em: 29.01.2021.
- MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 6. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.
- MELCHIOR, Antonio Pedro. *O juiz e a prova: o sintoma político do processo penal*. Curitiba: Juruá, 2013.
- MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MORAES, Humberto Peña de; SILVA, José Fontenele T. da. *Assistência judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- MULGAN, Tim. *Utilitarismo*. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.
- PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado: Incluindo noções de direitos humanos e direito comunitário*. 11. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019.
- REPA, Luiz. Jürgen Habermas e o modelo reconstrutivo de teoria crítica. In: NOBRE, Marcos (Org). *Curso livre de teoria crítica*. 3. ed. Campinas, SP: Papirus, 2013.
- SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; MAIA, Maurilio Casas. O garantismo penal, o encarcerado vulnerável e a intervenção da Defensoria Pública na execução penal: Custos vulnerabilis? In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 152, ano 27, p. 173-209, fev. 2019.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.
- SATZER, Helmut. A europeização do direito da União Europeia no ordenamento jurídico-penal nacional dos estados membros. In: AMBOS, Kai; BOHM, María Laura (Orgs.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.
- SAUL, Diego Palhares; GUIMARÃES, Sérgio Chastinet Duarte. Seletividade penal, caso Rafael Braga e a condenação fundamentada exclusivamente no testemunho policial. In: GRAZIANO SOBRINHO, Sérgio Francisco Carlos; DORNELLES, João Ricardo Wanderley; PEDRINHA, Roberta Duboc (Orgs.). *Seletividade do sistema penal: o caso Rafael Braga*. Rio de Janeiro: REVAN, 2018.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Proyecto Alternativo del Persecución Penal Europea. VALLEJO, Manuel Jaén; BRAVO, Emilio Moreno y; CASTAÑO, Ma. Luisa Silva (Org). Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa". n. 31. Madrid: Dykinson. 2007.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. GRECO, Luís (Coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013.

- SEREJO, Lourival. Comentários ao código de ética da magistratura nacional. Brasília-DF: ENFAM, 2011.
- SILVA, Franklyn Roger Alves. *Investigação criminal direta pela defesa*. Salvador: JusPodivm, 2019.
- SOUZA, Renee do Ó. Acordo de não persecução penal previsto no novo art. 28-A do Código de Processo Penal, inserido pela Lei 13.964/2019. In: SOUZA, Renee do Ó (Org.). *Lei anticrime: comentários à Lei 13964/2019*. Belo Horizonte: D Plácido, 2020.
- TARTUCE, Flávia. *Vulnerabilidade como critério legítimo de desequiparação no processo civil*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2011. Disponível em: [www.teses.usp.br].
- VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de; CAPPARELLI, Bruna. Barganha no processo penal italiano: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, vol. 15, jan.-jun. 2015. Periódico Semestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ. Patrono: José Carlos Barbosa Moreira. [www.redp.com.br ISSN 1982-7636 PP 435-453]. Disponível em: [www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/16880]. Acesso em: 27.03.2020.

7. ANEXO

Defensor Público de Garantias (Proposta de alteração do CPP)

Art. 3º-G. O Defensor Público de Garantias manifestar-se-á, antes do juiz, nos atos submetidos ao controle da legalidade da investigação criminal, competindo-lhe especialmente:

- I – Zelar pela observância dos direitos do investigado;
- II – Ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal;
- III – Manifestar-se, antes do juiz, sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar;
- IV – Requerer ao juiz documentos, laudos e informações que estejam na posse do delegado de polícia e do Ministério Público sobre o andamento da investigação;
- V – Manifestar-se, antes de decisão do juiz, sobre os requerimentos de:
 - a) Intercepção telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;
 - b) Afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico;
 - c) Busca e apreensão domiciliar;
 - d) Acesso a informações sigilosas;
 - e) Outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado;

§ O Defensor Público de Garantias não se manifestará nas investigações em andamento que sejam de conhecimento do investigado.

[...].

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (Redação dada pela Lei 13.964, de 2019)

§ 1º Na hipótese de representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, observado o art. 3º-G e incisos, o juiz, antes de decidir, ouvirá o Defensor Público de Garantias. (Proposta de alteração).

Lei 7.960 de 1989 (Prisão Temporária)

Art. 2º A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

§ 1º Na hipótese de representação da autoridade policial, o Juiz, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público e o Defensor Público de Garantias; (Proposta de alteração)

§ 1º-A Na hipótese de requerimento do Ministério Público, o Juiz, antes de decidir, ouvirá o Defensor Público de Garantias; (Proposta de alteração)

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Defensoria pública e acesso à ordem jurídica justa (K. WATANABE): transversalidade em 6 (SEIS) ondas renovatórias do acesso à justiça, de Maurilio Casas Maia – RDC 134/427-458; e
- O modelo constitucional de assistência jurídica (Defensoria Pública) e o Sistema Federativo: Defensorias Municipais? O caso da ADPF 279, de Maurilio Casas Maia – RT 987/127-158.