

Contudo, não é este **René Dotti** que homenageio neste texto. É o ser humano por trás do profissional de sucesso e do estudioso do Direito. Tive o privilégio de seu convívio por mais de 20 anos. E, posso dizer, que acima de sua – notável – capacidade intelectual e produção científica – ficará a saudade da pessoa que foi, de alma pura e coração bondoso que nem todos tiveram o prazer de conhecer.

“Aqui no Escritório nós trabalhamos de terno, sabe? A nossa profissão exige algumas formalidades.” O ano era 2000. Foi assim que o Prof. **René** se despediu após a minha entrevista de estágio. Essa foi a forma elegante e sutil de chamar a atenção do jovem que estava de calça jeans e camisa. Foi o meu primeiro encontro com ele. Como o quadro de estagiários estava completo, contratou-me como “auxiliar jurídico” pessoal. Com Carteira assinada e tudo. Eram horas e horas de pesquisas em Revistas dos Tribunais, Repositórios de Jurisprudência e sites de tribunais, que ainda engatinhavam em seus campos de busca. Com a modéstia que lhe era característica, o professor permitia ouvir de um acadêmico suas impressões das causas. Logo ele! O professor **René Dotti** (!), no alto de sua experiência e status profissional, escutava, pacientemente, as palavras do adolescente vestindo seus primeiros ternos. Ali, aprendi a primeira lição com o Prof. René: a humildade.

Um ano se passou. Tornei-me estagiário do Escritório. Passei a conviver com as causas mais de perto. Da teoria à prática. E, verificando o entra e sai de clientes por ele atendidos, notei tratar-se de clientela bastante eclética: eram empresários, políticos, advogados, e pessoas de alto poder aquisitivo, em busca do melhor profissional da área. Mas eram, também, e na mesma proporção, desempregados, cidadãos simples, vendedores de rua e pobres, na acepção mais objetiva da palavra. Não cobrava para o atendimento destes. E cuidava de seus casos com o mesmo zelo e dedicação com que atuava em casos de senadores e prefeitos. Não raro, as diligências que pedia com mais urgência eram para essa última classe de clientes. Lembro, vividamente, quando saí do Escritório às pressas para resolver o problema de um engraxate. Na sala de espera, o Governador aguardava ser atendido. Ali, aprendi a segunda lição com o Prof. **René**: a humanidade.

Formei-me em 2002. Continuei no Escritório. Passei a fazer parte do quadro profissional da renomada banca de advocacia. Passei a ter contato ainda mais próximo com o Prof. **René**. O aprendizado era diário. As reuniões de pauta, que religiosamente preenchiam o início de nossas manhãs, eram verdadeiras aulas. Aulas de técnica. A precisão cirúrgica das teses escolhidas; o zelo na elaboração das peças processuais; o cuidado na preparação de cada sustentação oral. A experiência na condução das causas. Mas eram, também, aulas de ética e respeito. Com o cliente, com a parte contrária e com o Magistrado. Fui orientado a ficar em pé quando o Juiz adentra à sala de audiências. Mesura determinada por um *gentleman* a todos os profissionais que trabalhavam com ele. Ali, aprendi a terceira lição com o Prof. **René**: o trinômio técnica, ética e respeito.

Nos anos seguintes, o Escritório cresceu, assim como eu. Junto com o Prof. **René**, vibrei nas vitórias, chorei nas derrotas. Sim, o vi chorar. Não apenas quando se lembrava de seus falecidos pais, mas também

quando lembrava das injustiças que vivenciou em sua carreira. Mas também o vi sorrir. Com cada conquista pessoal dos advogados e funcionários que com ele trabalharam. Da copeira ao sócio. Com as conquistas dos seus clientes e amigos. Com a sua nova condição de avô. Tive, ali, mais um aprendizado: a sensibilidade de alguém que, acima de tudo, é humano.

Quando, em 2006, meu avô faleceu, recebi dele uma carta – manuscrita, como de costume – em que me consolou. Ali constava: “*Há situações e momentos em nossa vida de tristeza, alegria ou outro sentimento que não pode ser expresso por palavras. E uma delas é interpretar o fenômeno da perda física de um ente querido, cuja companhia sempre foi estímulo ou, até mesmo, razão para viver. Mas a vida e Deus nos mostram que essas pessoas ainda continuam a desfrutar de nossa companhia e nos entusiasmam com seus exemplos de conduta, de ideias e de esperanças. A própria lembrança de alguém que não está fisicamente conosco é, também, uma presença.*”

Casei. Antes de casar, o Prof. **René** chamou-me em sua sala. Disse que era uma decisão correta. Que de nada adianta a vida sem família. Tive filhos. Recebi dele novos conselhos. Mal sabia o professor que a importância da família era demonstrada não apenas por suas palavras, mas por seus gestos de afeto com suas filhas Rogéria e Cláudia e seus netos Gabriel, Pedro, Lucas e Henrique. E, obviamente, pelo carinho por sua companheira de décadas, a quem demonstrava um amor e devoção incondicionais: sua esposa Rosarita. Recentemente, em tempos de pandemia, sem perder o humor, dizia-me que ficar em casa – em “*regime fechado*”, afirmava – estava sendo bom para que pudesse “*conhecer um pouco mais*” sua eterna companheira, a fim de “*ver se o relacionamento tinha futuro*”. Era, antes e acima de tudo, um homem-família.

Tornei-me professor. Novos conselhos. Falamos de cultura. Conversamos sobre arte, cinema, música e religião. Ele espírita; eu, judeu. E encontramos várias semelhanças nas diferenças e várias diferenças nas semelhanças. Falamos de política, economia e educação. Falamos, até, de Direito. Dele ganhei uma maravilhosa coleção das obras de Shakespeare. Mas ganhei, sobretudo, o privilégio de sentar ao seu lado e ouvi-lo falar sobre os mais diversos autores, músicos e cineastas. **René Dotti** era, antes de tudo, um culto.

E, acima de tudo, era um entusiasta da *esperança*, “*a mais doce companheira da alma*”, sempre lembrada por ele, citando o **Padre Antônio Vieira**. No início da *quarentena*, em 2020, mandou um e-mail de coragem para todos os integrantes do Escritório. Citando *A Peste*, de **Albert Camus**, incitou todos a não esmorecer, terminando com o seguinte trecho da obra: “*Nas profundezas do inverno, finalmente aprendi que dentro de mim há um verão invencível. Nesses tempos de espera, um novo capítulo é escrito. No final, há um começo.*”

Passados 21 anos, aquele adolescente de calça jeans cresceu. Com ele, cresceu a admiração e o respeito ao jurista técnico e ético, mas, acima de tudo, à pessoa humilde, sensível e humana que foi **René Dotti**. Releio a carta que dele recebi em 2006. Dali extraio mais uma de suas lições: o Prof. **René** sempre será lembrado. E, portanto, sempre estará presente.

Autor convidado

# WAR ON DRUGS E ALGUMAS DAS IRRACIONALIDADES DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006

## Thiago Baldani Gomes De Filippo

Doutor em Direito Penal pela USP. Mestre em Direito Comparado pela Samford University, Cumberland School of Law e em Ciência Jurídica pela UENP. Professor de Direito Penal da Universidade Anhembis Morumbi. Juiz de Direito no Estado de São Paulo.

ORCID: 0000-0001-8793-4735

tfilippo@usp.br

**Resumo:** o artigo inicialmente discorre sobre a política de guerra às drogas dos Estados Unidos. Em seguida, apresenta três das principais irracionalidades presentes no artigo 33 da Lei 11.343/2006, que parecem se alinhar àquele espírito de combate. Ao final, são apresentadas algumas sugestões para o aperfeiçoamento de citado tipo penal.

**Palavras-chave:** Guerra às Drogas, Espírito de Combate, Irracionalidades.

**Abstract:** this paperwork discourses about the United States war on drugs' politics. As it follows, three of the main irrationalities presented by article 33 of the Statute-law 11.343/2006 are discussed, which seem to comply to that spirit of combat. At the end, some suggestions are made, aiming the improvement of cited criminal norm.

**Keywords:** War on Drugs, Spirit of Combat, Rationalities.

O *law and order* foi um movimento iniciado nos Estados Unidos nos anos 1960 que, em síntese, apregoava uma reação estatal mais enérgica contra a criminalidade de rua, tanto pela edição de leis penais mais rígidas quanto pela necessidade de posturas mais enérgicas da polícia e do judiciário contra o crime e o delinquente. A lógica repressora do *law and order* logo associou a violência criminosa ao consumo de certas drogas, um dos motivos pelos quais o então Presidente Richard Nixon, no começo dos anos 1970, classificou-as como inimigo público número um, identificando a urgência de seu combate. Mas foi apenas durante os mandatos presidenciais de Ronald Reagan (1981-1989) que se declarou guerra às drogas (*war on drugs*), a partir de um pacto permanente entre os três poderes, iniciado no ano seguinte à sua posse, voltado à adoção de posturas mais enérgicas contra certos tipos de drogas.<sup>1</sup> Não é outro o motivo pelo qual, em 2004, aproximadamente uma em cada cinco prisões nos Estados Unidos decorria do suposto cometimento de crimes não violentos, que envolviam apreensões de drogas.<sup>2</sup>

Sob o plano legislativo penal norte-americano, a lógica repressora da *war on drugs* suscita possibilidades curiosamente violadoras de garantias básicas, como a responsabilidade subjetiva e o *ne bis in idem*.

Ilustrativamente, no primeiro caso, uma lei estadual de Nova Jersey, conhecida como *Comprehensive Drug Reform Act* (1986), reconhece a responsabilidade penal objetiva (*strict liability*) do autor de tráfico de drogas por quaisquer mortes que se vinculem objetivamente ao fato. Com base nessa lei especial, em 1988, um cidadão daquele estado foi condenado por homicídio pela morte de uma pessoa que se dirigiu ao seu apartamento para comprar drogas, mas, diante da intervenção da polícia, temendo ser preso, passou a engolir os sacos plásticos de cocaína que estouraram em seu interior, conduzindo-o a óbito.<sup>3</sup> E, à luz da mesma norma, em 1989, outro sujeito que promovia o tráfico de drogas dentro de um presídio teve sua pena agravada também pelo fato de a unidade prisional situar-se próxima a uma escola, nada importando o elemento subjetivo relativo ao desconhecimento de que havia um estabelecimento de ensino nas proximidades da prisão e a quase absoluta impossibilidade de os alunos adquirirem drogas naquele local.<sup>4</sup>

Já no tocante à violação ao *ne bis in idem*, conhecida nos Estados Unidos como *Double Jeopardy Doctrine*, não obstante tratar-se de garantia constitucional contemplada pela Quinta Emenda a proibição de que uma pessoa seja processada e condenada mais de uma vez pela mesma conduta em nível federal, estabeleceu-se uma exceção à regra, admitindo-se que, em se tratando de tráfico

de drogas, a depender de sua gravidade e extensão, o mesmo fato possa ser objeto de persecução tanto na esfera estadual quanto na federal,<sup>5</sup> o que pode ser claramente utilizado pela acusação como moeda de barganha em vistas a obter um acordo penal que possa ser mais satisfatório.

Essas peculiaridades, no mínimo curiosas, do Direito dos Estados Unidos, podem transmitir a impressão de que leis penais brasileiras não se harmonizam a gritantes irracionalidades quanto à criminalização primária do tráfico de drogas e delitos a ele relacionados. Mas ainda que no Brasil não exista a proclamação formal da responsabilidade penal objetiva, tampouco a consagração literal de exceções ao *ne bis in idem*, um exame mais detido às regras especiais da Lei 11.343/2006 pode ensejar semelhantes perplexidades. Dentre as diversas análises que poderiam ser feitas, é conveniente que sejam expostas três questões principais, atinentes ao tipo do art. 33, crime central de referida lei, que, em síntese, ora conflitam com princípios penais garantistas, ora mostram-se desalinhadas às exigências de coesão e harmonia com as demais regras do Direito Penal brasileiro.<sup>6</sup> Os principais pontos de irracionalidades legislativas apresentados pelo art. 33 da Lei 11.343/2006 são os seguintes:

(1) Vocação para punir pensamentos: o tipo objetivo do art. 33 não contempla condutas objetivamente mais graves que o art. 28 da mesma lei, de maneira que situações visivelmente idênticas podem receber respostas penais absolutamente discrepantes entre si, a depender da vontade presumida dos agentes. Observe-se a situação: João está parado em uma esquina, com cinco porções de maconha, com a intenção de consumi-las. José está parado em outra esquina, com outras cinco porções de maconha, com a intenção de vendê-las. Fotograficamente, as cenas são idênticas. Como é possível, então, que sobre José recaiam as sanções severas cominadas ao tráfico, enquanto que a João se destinam as sanções muito mais benevolentes previstas para o crime de porte para uso próprio, a partir da conclusão de uma suposta diferença do elemento volitivo incapaz de motivar comportamentos exteriores diversos? Para os tipos penais tradicionais, pouco importa o elemento volitivo se ele não logra comunicar comportamentos suficientemente desvalorados. Basta imaginar como seria esdrúxula a condenação por tentativa de homicídio de alguém que desferiu um tapa na vítima com a intenção de matá-la. No caso de delitos de drogas, os critérios para se diferenciar o tráfico do porte para uso são aqueles estabelecidos pelo parágrafo 2º do art. 28, interpretado a *contrario sensu*, que manda observar a natureza e quantidade das drogas, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, a conduta e os antecedentes do agente. Como

no exemplo acima, os dados objetivos condizentes com a qualidade e quantidade da droga são os mesmos. Restam apenas elementos subjetivos, dando margem para toda a força da seletividade do sistema penal brasileiro, por meio do encarceramento de indivíduos pobres portadores de registros criminais, não necessariamente relacionados ao tráfico, surpreendidos com drogas normalmente nas periferias das cidades, onde se multiplicam os supostos “pontos de drogas”;

(2) Protagonismo da reincidência e dos maus antecedentes: a causa especial de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º do art. 33 faz referência tão somente a circunstâncias pessoais do agente que devam estar ausentes para o fim de se reconhecer o privilégio, que redundam na diminuição da pena de um sexto a dois terços: ser primário, ostentar bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e nem integrar organização criminosa são todas circunstâncias subjetivas, deixando-se de contemplar dados objetivos da conduta, como fazem, por exemplo, as regras do furto e do estelionato privilegiados, ao se preocuparem com reduzidos *desvalores dos resultados*, referindo-se, respectivamente, ao *pequeno valor da coisa furtada* (art.155, § 2º, CP) e ao *pequeno valor do prejuízo* (art. 171, § 1º, CP), aproximando-se tais minorantes de um necessário Direito Penal do fato. No caso do tráfico de drogas, uma única condenação criminal pretérita, qualquer que seja ela, poderá representar um acréscimo penal de 3 anos e 4 meses,<sup>7</sup> além de, de acordo com a orientação do Supremo Tribunal Federal,<sup>8</sup> ser fundamental para conferir ao fato a natureza de delito hediondo por equiparação, o que não deixa de revelar uma grande incongruência. Quando dizemos que um crime é hediondo, queremos nos referir ao *fato* praticado e sua definição como tal por lei especial. O rol do art. 1º da Lei 8.072/90 atribui a natureza hedionda a uma série de *tipos*, não se mostrando viável se condicionar essa natureza a questões pessoais do autor, como o seu passado criminal. No fundo, essa discrepância faz revelar que o crime de tráfico de drogas traz consigo a odiosa marca de um Direito Penal do autor, evidenciando-se, pela preponderância que confere ao passado criminoso do agente, o exemplo brasileiro mais expressivo da teoria norte-americana do *three strikes you're out*,<sup>9</sup> só que, em nosso caso, o escopo inocuidador, marcado pela proeminência da função preventiva especial negativa da pena (*selective incapacitation*), já se evidencia na prática da segunda infração;

(3) Exagero da pena de multa: segundo a regra geral do art. 49 do Código Penal, as penas de multa serão estabelecidas entre 10 e 360 dias-multa, variando entre 1/30 e 5 vezes o valor do maior salário mínimo vigente. Entretanto, o tipo penal do tráfico eleva exponencialmente os patamares da pena de multa, estabelecendo o mínimo de 500 e o máximo de 1.500 dias-multa. Considerando que o salário mínimo nacional atual é de R\$ 1.100,00,<sup>10</sup> enquanto que a pena de multa mínima para os crimes em geral é de R\$ 332,66, o mínimo a ser imposto para o caso de tráfico de drogas é de R\$ 16.633,33. Essa diferença abissal adquire relevo não somente sob o aspecto formal, mas principalmente sob o prisma material. Provavelmente, o objetivo do legislador tenha sido querer punir mais severamente indivíduos que amealharam grandes fortunas às custas do tráfico de drogas. Entretanto, não há necessidade de pesquisas muito

aprofundadas para se chegar à conclusão de que a capacidade econômica da vasta maioria dos sujeitos condenados por tráfico de drogas não difere daqueles condenados pelos demais delitos. Basta se observar que, segundo os dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) de 2016, a renda de mais de 80% dos presos não alcançava cinco salários mínimos.<sup>11</sup> E, confirmada a natureza penal da multa, com a conseqüente impossibilidade de declaração da extinção da punibilidade antes de seu pagamento integral, o que parece ser o cerne da decisão do Supremo Tribunal Federal no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3150,<sup>12</sup> a pena do tráfico de drogas tenderá a transformar-se em pena perpétua ante a exigência de valores elevados de indivíduos pobres, que dificilmente conseguirão se reinserir no mercado formal de trabalho.

Trata-se, assim, de três irracionalidades presentes no tipo de tráfico de drogas que devem ser revistas. Quanto à primeira delas, faz-se necessário que o tipo penal passe a contemplar condutas objetivamente desvaloradas, que sejam idôneas a reclamar a gravidade razoavelmente desejada pelo texto constitucional, o que é possível mediante a previsão de patamares mínimos de quantidades de drogas realmente lesivas, diferenciando-se objetivamente das quantidades que possam se subsumir ao tipo do art. 28; também pela previsão de faixas penais distintas, a depender da qualidade de drogas, contemplando-se penas mais altas quanto mais alta fosse a danosidade social das substâncias; e pela inserção do elemento subjetivo específico no tipo penal (“para a entrega ao consumo de terceiros, com o intuito de lucro”). Em segundo lugar, a reincidência e os maus antecedentes devem deixar de ocupar o papel de destaque na fixação da pena e a função periférica que ordinariamente ocupam na fase da dosimetria. Assim, a título de sugestão, o reconhecimento do tráfico privilegiado poderia ser orientado pelo binômio qualidade/quantidade das drogas, combinado à ausência de circunstâncias que agregam desvalor à conduta, como aquelas previstas no art. 40 da Lei 11.343/2006: transnacionalidade ou interestadualidade do delito; cometimento do tráfico mediante violência ou grave ameaça; conduta perpetrada nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares; entre outras. E, por fim, os patamares da pena de multa devem ser reconduzidos aos parâmetros do art. 49 do CP, inexistindo qualquer razão para o descrímen que, na prática, acaba por violar a garantia constitucional da vedação às penas de caráter perpétuo, nos termos do art. 5º, XLVII, b da Constituição.

Em suma, observa-se que a presente estrutura típica do art. 33 da Lei 11.343/2006 não se compraz aos reclames de uma política criminal minimamente racional, que parta de uma fundamentação antropológica, no sentido de proteger direitos humanos mais do que sacrificá-los, respeitado o mínimo de princípios penais garantistas, como os princípios da ofensividade, da legalidade, da responsabilidade pelo fato e da humanidade das penas, além de guardar coerência e harmonia com as regras gerais do Direito Penal positivo. Com isso, são necessárias alterações legislativas, que possibilitem ao tipo penal do tráfico de drogas melhores condições de satisfazer aos reclames de prevenção geral positiva da pena e de justiça, como imperativo do Estado Democrático de Direito.

## NOTAS

<sup>1</sup> WISOTSKY, Steven. Zero tolerance, zero freedom: a report on the current situation in the United States war on drugs. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis e COPELLO, Patricia Laurenzo (coord.). *La actual política criminal sobre drogas: una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993. p. 386.

<sup>2</sup> HUSAK, Douglas. *Overcriminalization: the limits of the criminal law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008. p. 16.

<sup>3</sup> State v. Rodriguez, 225 N.J. Super. 466 (1988). O caso é citado por HUSAK, Douglas, *Op. cit.*, pp. 45-48.

<sup>4</sup> New Jersey v. Ogar, 551 A.2d 1037 (1989). O caso é também citado por HUSAK,

Douglas, *Op. cit.*, p. 47.

<sup>5</sup> THOMAS, George. *Double jeopardy: the history, the law*. Nova Iorque: New York University Press, 1998. pp. 189-194.

<sup>6</sup> Para um estudo mais aprofundado acerca de outras irracionalidades forjadas no âmbito típico do art. 33 da Lei 11.343/2006, v. DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. Racionalidade legislativa e tráfico de drogas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 154, pp. 131-174, 2019.

<sup>7</sup> Que é a diferença entre o mínimo de pena do *caput* do art. 33, 5 anos, e o redutor máximo contemplado por seu parágrafo 4º, a saber, 2/3.

- <sup>8</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 118.533/MS*, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 23.06.2016. Acompanhando esse entendimento, o STJ houve por bem fixar essa tese de repercussão geral (Tema 600) e revogar sua Súmula 512, que dispunha em sentido contrário.
- <sup>9</sup> A ideologia é extraída de regra originária do beisebol, que estabelece que se um rebatedor perdesse três tentativas de rebater a bola (*three strikes*), ele seria eliminado do jogo (*you're out*). Para o Direito Penal, significa recrudescer o tratamento para os reincidentes, de modo que aquele que cometeu o terceiro delito deve ser colocado à margem do convívio social. (VOGEL, Joachim. La internacionalización del derecho penal y el proceso penal. Trad. Alfonso Galán Muñoz. *Revista Penal Tirant lo Blanch*, Valencia, n. 22, pp. 160-167, 2008, p. 161).

- <sup>10</sup> Nos termos da Medida Provisória 1.021, de 30 de dezembro de 2020. isponível em: [http://www.guiatrabalista.com.br/guia/salario\\_minimo.htm](http://www.guiatrabalista.com.br/guia/salario_minimo.htm). Acesso em: 7 nov.11 2019.
- <sup>11</sup> Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/dispf/spf\\_anuario/anuario-spf-2016.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/dispf/spf_anuario/anuario-spf-2016.pdf). Acesso em: 08 nov. 2019.
- <sup>12</sup> Trecho da ementa estabelece textualmente o seguinte: “A Lei 9.268/96, ao considerar a multa penal como dívida de valor, não retirou dela o caráter de sanção criminal, que lhe é inerente por força do art. 5º, XLVI, c, da Constituição Federal”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3150*. Rel. Min. Marco Aurélio, Redator do acórdão Min. Roberto Barroso, j. 13.12.2018).

Recebido em: 14/11/2019 - Aprovado em: 05/02/2020 - Versão final: 22/02/2021

# INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA: PARIDADE DE ARMAS PARA QUEM?

*DEFENSIVE INVESTIGATION: ARMS PARITY FOR WHO?*

## Rafael Ferreira Breim

Graduando em Direito pela UNINOVE.  
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5504111153391610>  
ORCID: 0000-0002-8255-1820  
[rafaelbreim@live.com](mailto:rafaelbreim@live.com)

## Andreia Gomes da Fonseca

Mestre em direito pela PUC-SP. Advogada. Professora na UNINOVE.  
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3683440855620486>  
ORCID: 0000-0002-7629-7539  
[andreiagfonseca@aasp.org.br](mailto:andreiagfonseca@aasp.org.br)

**Resumo:** A investigação defensiva busca a paridade de armas entre a acusação e a defesa ao conceder a esta a faculdade de diretamente diligenciar em busca de provas, podendo elaborar um inquérito próprio, tal como é facultado ao Órgão Ministerial, hoje de forma exclusiva. No entanto, o instituto parece operar de modo socialmente seletivo, eis que privilegia aqueles economicamente mais abastados. Nesse sentido, é o que pretendemos demonstrar ao longo do presente artigo.

**Palavras-chave:** Processo Penal, Investigação Defensiva, Paridade de Armas.

**Abstract:** The defensive investigation seeks the parity of arms between the prosecution and the defense by granting the latter the power to directly deal with the search for evidence, being able to prepare its own investigation, as is provided to the Public Ministry, today exclusively. However, the institute seems to operate in a socially selective way, since it privileges those who are more economically wealthy. In this sense, this is what we intend to demonstrate throughout this article.

**Keywords:** Criminal Proceedings, Defensive Investigation, Weapon Parity.

## 1. Introdução

Não é difícil evidenciar a necessidade de uma justa igualdade entre as partes no processo penal, e muito menos notar a sua atual inaplicabilidade. Em consequência, a inserção da investigação defensiva no processo penal vem sendo debatida no Brasil como uma forma de se efetivar a isonomia processual, pois o instituto concede à defesa as “armas” processuais de que precisa para uma disputa leal<sup>1</sup> contra o Estado. Todavia, há um descompasso entre o propósito buscado e os efeitos do instituto no plano real, visto que a atividade investigativa parece vir acompanhada de uma seletividade entre indivíduos pertencentes a diferentes classes sociais, devido à eficácia de seu exercício estar condicionada à capacidade monetária do acusado, contaminando o processo penal com uma espécie de meritocracia defensiva. Desta forma, a paridade de armas será, em consequência, efetivada para poucos. À vista disso, em que pese o amparo da defensoria pública aos hipossuficientes, nota-se, porém, na instituição uma assistência insuficiente no que diz respeito à investigação defensiva, tendo em vista a escassez de profissionais e de recursos em diversos estados do Brasil, além da reduzida atuação na investigação preliminar, limitando significativamente o desempenho da defensoria no complexo intento de produção probatória, como se demonstrará.

## 2. A determinação constitucional da paridade de armas

A paridade de armas, ou a isonomia processual, é o resultado de uma conjugação de princípios constitucionais que compõem o devido processo legal: os princípios do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, CF) da igualdade (art. 5º, *caput*, CF), além de depreender-se da própria estrutura acusatória vigente (art. 3º-A do CPP). Da consequência do encadeamento dos princípios citados segue-se à conclusão de que, em suma, as possibilidades formais de contraditar a parte contrária no processo, acompanhada da disposição de meios para que se realizem realmente, devem estar pautadas sob o clivo da isonomia (tratar desigualmente os desiguais), na qual a proporcionalidade entra como critério para a aplicação do princípio da igualdade, configurando a assim chamada isonomia processual. Com isso, o processo penal, a fim de ser um mecanismo de efetivação dessas garantias, deve, evidentemente, ser um instrumento à serviço da constituição, o que, segundo **Aury Lopes Jr.**, “Significa dizer que o processo penal contemporâneo somente se legitima à medida que se democratizar e for devidamente constituído a partir da Constituição.”. Por conseguinte, assegurar a igualdade de condições entre as partes no processo penal é, portanto, constitucionalizá-lo e reforçar a sua legitimidade.

## 3. Investigação defensiva

Segundo **Edson Luis Baldan** e **André Boiani e Azevedo**, a investigação defensiva pode ser conceituada como “o complexo de