

ANO 32 - Nº 381 - AGOSTO/2024

BOLETIM

IBCCRIM

EDITORIAL

DOSSIÊ: DESAFIOS ATUAIS DA DEFESA TÉCNICA (PÚBLICA E PRIVADA)

Diogo Rudge Malan (Org.)

Palavra da vítima e criação de presunção negativa: mitigação da defesa em casos de crime contra a mulher no ambiente doméstico

Alexandre Wunderlich

Direito de defesa na etapa preliminar da apuração penal: reconhecimento, novas perspectivas e desafios

Marta Saad

Defesa técnica efetiva e postura judicial

Luciano Feldens

A defesa efetiva em um júízo oral

Denis Sampaio

DESAFIOS ATUAIS DA DEFESA TÉCNICA (PÚBLICA E PRIVADA)

CURRENT CHALLENGES TO THE RIGHT TO COUNSEL (PUBLIC AND PRIVATE)

Diogo Rudge Malan¹  

Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Rio de Janeiro/RJ
diogomal@uol.com.br

Resumo: Estudo sobre o direito fundamental do acusado à defesa técnica no processo penal, nas perspectivas comparada, dogmática e político-criminal, abordando variados aspectos: conceituais, de conteúdo, aplicação às fases da persecução penal, estrutura normativa tridimensional etc. Após, há menção ao caso *Gideon v. Wainwright*, julgado pela Suprema Corte norte-americana em 1963, abrangendo avanços por ele promovidos e problemas sistêmicos, de diferentes matizes (culturais, legislativos, orçamentários, organizacionais, políticos etc.), que impedem sua consolidação no sistema de administração da justiça criminal. Na sequência, é feita análise crítica do enunciado sumular 523 do Supremo Tribunal Federal, demonstrando-se como ele não fornece critérios claros e objetivos para aferição casuística da efetividade da defesa técnica, e impõe ao acusado ônus de cumprimento praticamente impossível: provar não só a deficiência da própria defesa técnica, mas também o prejuízo causado por essa deficiência. Nesse contexto, é destacado o importante contributo ofertado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2015, ao julgar o caso *Ruano Torres e outros vs. El Salvador*. Ao final, são brevemente mencionados outros dez desafios para o exercício da defesa técnica (pública e privada) na Pós-Modernidade.

Palavras-chave: processo penal constitucional; direito à defesa técnica; defesa técnica efetiva; *Gideon v. Wainwright*; súmula 523 do STF; *Ruano Torres e outros vs. El Salvador*.

Abstract: Study on the accused's fundamental right to counsel in the criminal process, from a comparative, dogmatic and criminal policy perspective, covering various aspects: conceptual, content, application to the phases of criminal prosecution, three-dimensional normative structure, etc. Afterwards, there is mention of the case *Gideon v. Wainwright*, ruled by the United States Supreme Court in 1963, encompassing the advances it promoted and systemic problems, of different hues (cultural, legislative, budgetary, organizational, political, etc.), which prevent its consolidation in the criminal justice system. Next, there is a critical analysis of binding precedent 523 from the Brazilian Supreme Court, demonstrating how it does not provide clear and objective criteria for the case-by-case assessment of the assistance of counsel's effectiveness, and imposes on the accused a practically impossible burden: proving not only the ineffectiveness of his own counsel, but also the harm caused by this ineffectiveness. In this context, it is highlighted the important contribution offered by the Inter-American Court of Human Rights in 2015, when ruling on the *Ruano Torres et al. v. El Salvador* case. At the end, ten other challenges to the right to counsel (public and private) in Post-Modernity are briefly mentioned.

Keywords: constitutional criminal procedure; right to counsel; effective assistance of counsel; *Gideon v. Wainwright*; binding precedent 523 from STF; *Ruano Torres et al. v. El Salvador*.

Nos últimos anos, houve surgimento de série de fenômenos que desafiam importantes questões (teóricas e práticas) relativas ao direito fundamental do acusado à defesa técnica: criminalização da advocacia, discursos de emergência, práticas judiciais de exceção, expansão dos mecanismos de aplicação consensual da pena, investigações corporativas, megaprocessos criminais, revolução tecnológica etc.

Muitos são os desafios contemporâneos para a defesa técnica (pública e privada).

O direito de defesa é a mais importante das garantias do cidadão submetido à persecução penal. Tão importante é sua importância, que **Nicola Carulli** (1985, p. 3) leciona que a história do processo penal é a história do direito de defesa.

O regime de direitos e garantias fundamentais consagrado na Carta Cidadã de 1988 consagra: (i) a plenitude de defesa no Tribunal do Júri; (ii) a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (iii) o direito do preso à assistência de advogado; (iv) o direito daqueles que comprovarem insuficiência de recursos à assistência jurídica integral e gratuita, prestada pelo Estado; (v) o caráter indispensável à administração da justiça do advogado, além de sua inviolabilidade por atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Esse conjunto de cláusulas pétreas é robustecido pelas garantias de defesa previstas no artigo 14.3 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP) e artigo 8.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), já incorporadas ao texto constitucional pátrio.

A interpretação lógico-sistemática do sobredito arcabouço constitucional e convencional revela que a defesa técnica é componente indissociável de qualquer concepção civilizada de processo justo e equitativo (*fair trial*).

O direito à defesa técnica pode ser conceituado como o "direito do acusado, ou sancionado, à tutela jurídica de sua liberdade", ou o "direito de querer a observância das normas que lhe evitam lesão à liberdade" (**Moura; Bastos**, 1993). Em resumo, trata-se do direito do acusado a receber assistência jurídica, prestada por profissional dotado de capacidade postulatória.

Esse direito visa a assegurar igualdade substancial entre Estado-acusador e acusado, pois este, em regra, é leigo em Direito e está com fragilidade emocional e psicológica, por estar preso, ou sofrendo risco de imposição de pena corporal.

A defesa técnica é irrenunciável pelo seu titular, devendo ser assegurada pelo Estado ainda que contra a vontade expressa do acusado (art. 261 do CPP).

¹ Advogado. Professor Adjunto do programa de Doutorado e Mestrado em Direito Processual e do curso de graduação em Direito da UERJ. Professor Associado do curso de graduação em Direito da FND/UFRJ. Conferencista, palestrante ou colaborador de diversas instituições científicas e de ensino superior do País. Visiting Scholar na Boston University School of Law. Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Doutor em Direito Processual Penal pela USP. Mestre em Ciências Penais pela UCAM. Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Penal e Compliance pela Universidade de Coimbra. Membro do IBCCRIM, IBDP e do IBRASPP. Ex-Conselheiro Titular do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) do Ministério da Justiça. Ex-Conselheiro Titular da OAB/RJ. Ex-Presidente da Comissão Especial de Estudos do Direito Penal (CEDP) da OAB/RJ. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7125-9894>. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6488880217689313>.

Isso porque ela transcende o interesse pessoal do acusado, revestindo-se de interesse público e indisponível no correto desenvolvimento do processo criminal (*nemo iudex sine defensione*) (Denti, 1977).

Segundo **Alberto Binder** (2000, p. 155), a defesa técnica possui peculiaridade: malgrado ela atue em conjunto com as demais garantias do acusado, na prática jurídica penal, ela é a garantia que torna operativas todas as demais. Logo, a defesa técnica não pode ser colocada no mesmo patamar de importância das demais garantias, porque assegura ao acusado que suas demais garantias tenham vigência concreta.

Nessa toada, a defesa é instituto de tamanha relevância que integra o quadripé que fundamenta o Direito Processual: ação, jurisdição, processo e defesa (Fernandes, 2002).

O conteúdo da defesa técnica é complexo ou multifacetado, abarcando diversos corolários lógicos (Malan, 2009). Esses consectários incluem os direitos: (i) à defesa técnica efetiva; (ii) à livre escolha do defensor (artigos 8.2.d da CADH e 14.3.d do PIDCP); (iii) a ser informado, caso não tenha defensor, do direito de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exija, ter defensor designado de ofício gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo (artigo 14.3.d do PIDCP); (iv) à comunicação livre e em particular entre defensor e acusado, mesmo sem procuração, quando este se achar preso em estabelecimento civil ou militar, ainda que considerado incomunicável (artigos 8.2.d da CADH e 7º, III da Lei 8.906/94); (v) de acesso amplo do defensor aos elementos informativos já documentados nos autos de procedimento de investigação preliminar, findo ou em andamento, mesmo sem procuração, ainda que concluso à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos (enunciado 14 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e artigo 7º, XIV da Lei 8.906/94); (vi) à investigação defensiva (Provimento 188/18 do CFOAB) e à prova defensiva; (vii) à requisição de diligências e documentos pela Defensoria Pública (artigo 44, X da LC 80/94); (viii) à comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada (artigo da 8.2.b da CADH); (ix) ao tempo e aos meios adequados para preparação da defesa (artigo da 8.2.c da CADH); (x) a influenciar a decisão judicial (Feldens, 2024); (xi) a formular perguntas a corréus (Brasil, 2009); (xii) à intimação pessoal do defensor dativo (Brasil, 2012); (xiii) ao prazo em dobro, quando houver multiplicidade de acusados com procuradores distintos (Brasil, 2013); (xiv) a apresentar memorial escrito em favor do corréu delatado após o defensor do corréu delator (Brasil, 2020); (xv) à inviolabilidade do defensor por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei (artigo 133 da CR); (xvi) à inviolabilidade do local de trabalho, instrumentos de trabalho e correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática do defensor (artigo 7º, II da Lei 8.906/94) etc. (Toron; Szafir, 2010).

No que tange a fases da persecução penal, o direito em apreço incide desde a fase de investigação preliminar. No inquérito policial, há atos de investigação e de instrução criminal, alguns destes de natureza definitiva e passíveis de valoração judicial na sentença. Logo, o indiciado deve contar com assistência jurídica durante a investigação preliminar, como meio de preparar o futuro exercício do direito de defesa quanto ao mérito, e evitar acusações açodadas, caluniosas ou infundadas (Saad, 2004).

Não há dúvida que a defesa técnica se estende ao processo penal executório, a despeito da falta de clareza da Lei de Execução Penal a respeito (Gomes Filho, 1987).

Em decorrência da natureza fundamental do direito em digressão, sua violação enseja sempre nulidade absoluta do processo judicial, por atipicidade constitucional. Não há que se cogitar de nulidade relativa ou mera irregularidade, em razão da dimensão de garantia que tem o preceito constitucional em apreço, por interessar à ordem pública e à boa condução do processo (Grinover, 1998).

A defesa técnica possui estrutura normativa tridimensional.

Na perspectiva processual, ela assegura que o acusado goze de regime jurídico de sujeito processual titular de direitos (e não objeto do poder punitivo), estando em relação de igualdade substancial com a parte acusadora.

Já no enfoque epistêmico, a atuação do defensor na dialética processual — apontando a baixa confiabilidade de certas provas (v.g. testemunho derivativo, ou *hearsay*), contraditando testemunhas, criticando argumentos da parte adversa etc. — favorece a correção e justiça da sentença.

Do ponto de vista simbólico, a defesa técnica denota respeito estatal aos direitos fundamentais do acusado, ao permitir sua participação ativa, dignificada e igualitária no ritual judiciário. Tal participação reforça percepção

social acerca da legitimação ética e política do sistema de administração da justiça criminal.

No plano do Direito Comparado, deve ser ressaltada a importância do precedente *Gideon v. Wainwright*, julgado pela Suprema Corte estadunidense em 1963 (372 US 335). Tal julgamento assentou que o direito fundamental à defesa técnica (*right to counsel*), da VI Emenda à Declaração de Direitos de 1791, deve ser assegurado a todas as pessoas acusadas (inclusive hipossuficientes) nos Estados Federados, havendo sua incorporação pela cláusula do devido processo legal da XIV Emenda (Malan; Maduro, 2023).

Cara Drinan (2013) aponta três avanços verificados desde o advento de *Gideon v. Wainwright*.

O primeiro foi a criação de standards de conduta profissional pela **American Bar Association** (1992, 2002, 2009), notadamente: *Standards for criminal justice: Providing defense services, Ten principles of a public defense delivery system e Eight guidelines of public defense related to excessive workloads*. Esses standards fornecem critérios mais objetivos para a aferição casuística da efetividade da defesa técnica.

O segundo foi o desenvolvimento da doutrina de consequências colaterais (*collateral consequences doctrine*), segundo a qual, o direito de defesa inclui o direito do acusado a receber tempestivamente informações sobre consequências extrapenais (ou extrajudiciais) da celebração de acordo de aplicação da pena, ou condenação criminal (v.g. deportação etc.), para que ele possa tomar decisões estratégicas e táticas informadas.

O terceiro foi a prática baseada em evidências (*evidence-based practice*). Trata-se do aperfeiçoamento dos processos de compilação, processamento e análise de dados sobre casos criminais assumidos por cada serviço de defesa (dativa ou pública). Essa inovação permite: (i) melhores critérios para nomeações de defensores para acusados indigentes; (ii) declínio de nomeações; (iii) postulações fundamentadas de aumentos de verbas orçamentárias; (iv) reformas sistêmicas dos serviços de defesa dativa e pública. Isso evita que eventuais sobrecargas individuais de casos comprometam a efetividade da defesa técnica.

Gideon v. Wainwright influenciou a redação do direito convencional consagrado no artigo 14.3.d do PIDCP, aprovado três anos após — 1966 (Burke, 2013).

Nada obstante, *Gideon v. Wainwright* costuma ser caracterizado pelos norte-americanos como uma promessa frustrada. Isso porque a concretização do direito universal dos acusados indigentes à defesa técnica efetiva esbarra em problemas sistêmicos, de diferentes matizes (culturais, legislativos, orçamentários, organizacionais, políticos etc.) — notadamente a insuficiência das verbas orçamentárias alocadas para seu custeio. Tais mazelas decorrem menos do Direito doutrinado e normatizado (*Law in books*), e mais da realidade da prática forense penal (*Law in action*).

Há pesquisa empírica do **National Right to Counsel Committee** (2009) apontando graves problemas quanto à implementação de *Gideon v. Wainwright* pelos Estados Federados e Condados estadunidenses.

O principal nó górdio identificado é a insuficiência dos recursos orçamentários destinados a custeio, instituição, aparelhamento com infraestrutura administrativa adequada, supervisão dos órgãos da Defensoria Pública e programas de assistência jurídica dativa para acusados indigentes, além da capacitação e remuneração adequada dos seus integrantes.

Tal problema é agravado pelos seguintes fatores: (i) falta de independência dos serviços de assistência jurídica dativa ou pública, em relação aos Poderes Executivo e Judiciário; (ii) excesso de casos sob responsabilidade de cada defensor dativo ou público; (iii) excesso de criminalização de condutas de pequena gravidade; (iv) ausência ou deficiência de capacitação técnica, experiência e supervisão dos defensores dativos ou públicos; (v) ausência de profissionais (v.g. assistentes técnicos, intérpretes, investigadores particulares etc.) para assessorar esses defensores; (vi) nomeações extemporâneas de defensores para acusados; (vii) prestações intempestivas de informações sobre o direito à nomeação de defensor; (viii) renúncias ao direito à nomeação de defensor feitas de modo involuntário e/ou desinformado etc. (National Right to Counsel Committee, 2009).

Com efeito, o principal desafio para a concretização e universalização do direito fundamental à defesa técnica é sua falta de efetividade.

Entre nós, há pesquisa de campo reveladora de cenário preocupante, que inclui: (i) ausência da atuação de defensores dativos ou públicos em importantes atos praticados durante a investigação preliminar (v.g. lavratura do auto de prisão em flagrante etc.); (ii) inexistência de entrevistas prévias, pessoais e reservadas entre acusados e defensores dativos ou públicos

durante a fase judicial da persecução penal, sendo corriqueiros breves encontros nas portas de salas de audiências; (iii) respostas a acusações feitas sem prévias entrevistas pessoais e reservadas entre presos e seus defensores dativos ou públicos; (iv) natureza massificada da atuação dos defensores dativos e públicos, com prejuízos à atenção e tempo dispensados a cada caso; (v) ausência de orientação e supervisão efetivas dos defensores dativos etc. (**Fingermann; Zapater; Custódio**, 2016).

Tal conjuntura é agravada pelo enunciado sumular 523 do STF — aprovado em 1969, no auge do fechamento do regime de exceção inaugurado um lustro antes. Esse precedente não fornece critérios claros e objetivos para a aferição casuística da efetividade da defesa técnica.

A primeira parte desse verbete encerra verdadeiro truismo: se a defesa deve ser ampla, com os meios e recursos a ela inerentes, a defesa inexistente sempre gera nulidade absoluta, por atipicidade constitucional.

Já a segunda parte do enunciado em análise impõe ao acusado ônus de cumprimento praticamente impossível: provar não só a deficiência da própria defesa técnica, como o prejuízo causado por essa deficiência. Trata-se de prova impossível (*probatio diabolica*): como provar que, caso a defesa técnica hipoteticamente não tivesse sido deficiente, o desfecho processual teria sido diverso/mais favorável ao acusado?

Logo, é recomendável o cancelamento do verbete sumular em liça e sua substituição por critério jurisprudencial mais claro e objetivo, que pode ser baseado na demonstração casuística da imperícia e/ou negligência do defensor técnico.

A norma jurídica deve ser dotada, além de vigência (cumprimento de requisitos formais de incorporação ao ordenamento jurídico) e validade (conformidade com o resto do ordenamento jurídico), de efetividade. Esta pressupõe concepção instrumental do ordenamento jurídico a serviço de determinados fins, classificando a norma jurídica pelo critério da idoneidade para atingir determinado objetivo (**Serrano**, 1999).

Se o defensor é imperito e/ou negligente, desperdiçando sucessivas oportunidades processuais e reduzindo as chances de deslinde processual favorável, retira-se da ampla defesa esse atributo da efetividade.

É possível delinear modesta proposta de sistematização de *standards* para a aferição casuística da efetividade da defesa técnica (**Malan**, 2006).

Essa efetividade, em regra, não deve ser analisada com base em ato processual isolado, e sim levar em conta o conteúdo complexo e diversificado da atuação do defensor. Com efeito, eventual omissão pontual do defensor pode não advir de negligência, e sim integrar estratégia defensiva.

A exceção à sobredita regra geral é a precariedade das alegações finais orais (ou memorial escrito). Tal ato processual, por ser o momento culminante de toda a atividade defensiva, pode, por si só, autorizar conclusão de que o acusado esteve indefeso.

Os demais *standards* podem ser baseados em duas ordens de considerações distintas: empenho pessoal e capacitação técnica do defensor.

O *standard* do empenho pessoal pode ser desmembrado em três critérios: (i) comparecimento a atos processuais: a ausência injustificada do defensor inquestionavelmente indica negligência; (ii) protocolização de arrazoados: a falta de resposta à acusação, memorial escrito ou razões de apelação comprova, por si só, negligência do defensor. Em se tratando de acusado preso, a falta de pedido de relaxamento de prisão, liberdade provisória, substituição da prisão por medidas cautelares alternativas, ou *habeas corpus* também indicam negligência; (iii) requerimento de provas: a resposta à acusação é a principal oportunidade para exercício do direito à prova defensiva, sendo difícil conceber defesa efetiva dissociada do requerimento de provas nesse ensejo.

Já o *standard* da capacitação técnica leva em consideração o conteúdo dos arrazoados mais complexos do defensor. Embora a resposta à acusação possa comportar maior grau de singleza, por estratégia defensiva, não se pode conceber alegações finais orais, memorial escrito ou razões de apelação destituídos de: (i) fundamentação jurídica consistente, baseada em pesquisa doutrinária, jurisprudencial e legislativa; (ii) análise crítica dos elementos probatórios amealhados; (iii) pedido de absolvição do acusado.

Esses dois *standards* não são cumulativos. Vale dizer: basta a comprovação casuística de imperícia ou negligência do defensor para se concluir pela configuração de nulidade processual decorrente de defesa técnica não efetiva.

A **Corte Internamericana de Direitos Humanos** (2015, sentença de 5 out. 2015, §§ 150-175) ofertou importante contributo, ao julgar o caso Ruano Torres e outros v. El Salvador. Nesse precedente, foi assentado

que a CADH exige mais do que simples providência burocrática e formal: nomeação de defensor para o acusado. Ademais, o defensor deve atuar de forma diligente, para proteger as garantias processuais do acusado, e evitar quebra da relação de confiança.

Para tanto, a Defensoria Pública deve contar com processos adequados de seleção, controle e capacitação de seus quadros funcionais, que devem contar com profissionais capacitados e idôneos para atuar com autonomia funcional, de forma eficiente, e em igualdade de condições com a parte acusadora.

A análise casuística da violação ao direito de defesa deve levar em conta se as ações ou omissões do defensor caracterizaram negligência imperdoável, ou falha manifesta, capaz de gerar um efeito decisivo e contrário aos interesses do acusado.

Para tanto, deve ser feita análise holística dos procedimentos persecutórios, a menos que determinada ação ou omissão seja de tamanha gravidade que ela configure, por si só, violação à garantia. Portanto, eventual discrepância não substancial com a estratégia defensiva, ou com o resultado do processo, não é suficiente para caracterizar nulidade processual.

A CIDH apontou que os tribunais latino-americanos adotaram algumas circunstâncias indiciárias de violação do direito à defesa técnica efetiva: (i) inércia probatória; (ii) inatividade argumentativa em favor dos interesses do acusado; (iii) desconhecimento técnico-jurídico do processo penal; (iv) omissão de interposição de recursos em favor do acusado; (v) deficiente fundamentação jurídica dos arrazoados recursais; (vi) abandono processual etc.

A concretização do dever fundamental de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos acusados que comprovarem insuficiência de recursos (artigo 5º, LXXIV da CR) permanece um grande desafio.

O ponto de partida para enfrentamento desse desafio deve ser a coleta, o processamento e a análise de dados empíricos confiáveis sobre fatores contemporâneos que impedem, ou limitam, a defesa técnica efetiva de acusados indigentes no Brasil, para subsidiar vetores de política legislativa reformista.

Nesse contexto, podem ser investigadas as seguintes questões: (i) os recursos orçamentários alocados para custeio, aparelhamento e supervisão dos órgãos da Defensoria Pública e programas de assistência jurídica dativa para acusados indigentes, além da capacitação e remuneração adequada dos seus integrantes, são suficientes? (ii) Os órgãos de execução da Defensoria Pública e programas de assistência jurídica dativa para acusados hipossuficientes estão adequadamente instalados em todos os órgãos do Poder Judiciário? (iii) Existem meios efetivos de controle, mentoria e supervisão dos defensores dativos e públicos? (iv) Os defensores dativos e públicos dispõem de profissionais (v.g. assistentes técnicos, intérpretes, investigadores particulares etc.) para assessorá-los? (v) Qual é a quantidade média anual de causas criminais patrocinadas por cada defensor dativo ou público? (vi) Essa quantidade média anual compromete a efetividade da defesa técnica? (vii) A Magistratura e o Ministério Público exercem controle efetivo sobre a efetividade da defesa técnica? (viii) A nomeação judicial de defensor dativo ou público para o indiciado ou acusado deve ocorrer em qual fase da persecução penal?

Com efeito, para a tutela de direitos fundamentais individuais não basta mero ato burocrático e formal: nomeação de pessoa com sinais vitais e habilitação profissional para representar os interesses de acusado indigente.

Este último deve ter acesso ao mesmo tipo de defensor técnico (capacitado tecnicamente e pessoalmente empenhado) que pessoas com recursos financeiros contratam, quando são acusadas de infração penal e correm risco de cumprir pena corporal (**Lefstein**, 2018).

A Pós-Modernidade apresenta diversos outros desafios para o exercício da defesa técnica (pública e privada), que somos forçados a resumir, por limitação de espaço.

A uma, injustiça epistêmica consubstanciada na atribuição judicial — explícita ou velada — de menor credibilidade à argumentação (fático-probatória e jurídica) do defensor, comparativamente à palavra da parte acusadora (**Fricker**, 2007). Essa injustiça põe em causa o núcleo essencial das cláusulas da defesa técnica e paridade de armas.

A duas, posição jurisprudencial do STF que desobriga o julgador de apreciar cada alegação e prova do defensor (Tema 339) (**Brasil**, 2010). Tal posição restringe o núcleo essencial do direito de influência na decisão judicial, além de contrariar o artigo 315, § 2º, IV do CPP.

A três, abusos do poder de acusar, consistentes no aforamento de acusações artificialmente hipertrofiadas (*overcharging*) e formalmente ineptas. Tais abusos violam o direito fundamental a ser informado da acusação, corolário lógico da defesa técnica (Planchadell Gargallo, 1999).

A quatro, dificuldades práticas criadas por autoridades públicas durante a fase de investigação preliminar, tais como a sonegação, seleção ou omissão da juntada de elementos informativos aos autos do caderno investigativo; a entrega ao defensor de mídias criptografadas ou sem senhas de acesso etc. Tais óbices põem em causa o núcleo essencial do direito do defensor de acessar os autos da investigação preliminar.

A cinco, marco normativo que permite monitoramento estatal das conversas entre acusado e defensor nos parlamentos das instituições penitenciárias federais (artigo 3º, § 2º da Lei 11.671/08), que causa ingerência no direito supralegal à comunicação livre e em particular entre defensor e acusado.

A seis, tendência contemporânea ao amesquinamento da sustentação oral defensiva presencial e simultânea ao julgamento, devido à excessiva monocritização de decisões em *habeas corpus* (artigo 21, § 1º do RISTF) e inclusão de ações constitucionais e recursos em plenário virtual — no qual só cabe sustentação oral assíncrona (artigo 21-B, § 2º do RISTF).

A sete, questionável tendência jurisprudencial pátria de limitar a garantia da plenitude de defesa no Tribunal do Júri, com fundamento em valores constitucionais tais como dignidade da pessoa humana, proteção à vida e igualdade de gênero (Brasil, 2023).

A oito, tentativas de criminalização da advocacia, via imputação do delito de obstrução de justiça (artigo 2º, § 1º da Lei 12.850/13) a defensores de corréus que se comunicam entre si, visando ao alinhamento de estratégias e táticas processuais, ou concerto de versões sobre os fatos imputados (Feldens; Teixeira, 2020).

A nove, caldo cultural de emergência (anticorrupção, anticrime organizado etc.), aliado a práticas judiciais de exceção, que dão origem a megaprocessos criminais, cujas características põem em causa os direitos fundamentais à defesa técnica efetiva, à livre escolha do defensor técnico, e ao tempo e meios adequados para preparação da defesa (Malan, 2019).

A dez, expansão dos mecanismos de aplicação consensual da pena. Tal fenômeno expansivo exige ressignificação da defesa técnica (que historicamente floresceu no âmbito do processo judicial contencioso) e incidência dos seus novos contornos nas sucessivas fases do procedimento: negociação entre as partes processuais penais, homologação judicial do acordo e execução das suas cláusulas e condições (Marceau, 2012).

Por derradeiro, a defesa técnica efetiva é imprescindível, porém insuficiente, para assegurar ao acusado um julgamento justo e equitativo (*fair trial*). Isso porque os sistemas de administração da justiça criminal tendem a possuir problemas sistêmicos (v.g. encarceramento em massa; estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário; injustiças epistêmicas; racismo estrutural; vieses e heurísticas dos julgadores etc.) que o defensor — mesmo que seja capacitado tecnicamente e pessoalmente empenhado — em regra, não tem poderes suficientes para enfrentar (Natapoff, 2013).

Referências

- AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Standards for criminal justice: Providing defense services*. 3. ed. Washington, D.C.: ABA, 1992. Disponível em: https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/criminal_justice_standards/providing_defense_services.pdf. Acesso em: 15 jun. 2024.
- AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Ten principles of a public defense delivery system*. Washington, D.C.: ABA, 2002. Disponível em: https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/legal_aid_indigent_defendants/ls-sclaidd-ten-princ-pd-web.pdf. Acesso em: 15 jun. 2024.
- AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Eight guidelines of public defense related to excessive workloads*. Washington, D.C.: ABA, 2009. Disponível em: https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/legal_aid_indigent_defendants/ls-sclaidd_def_eight_guidelines_of_public_defense.pdf. Acesso em: 15 jun. 2024.
- BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho procesal penal*. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. HC 110.656-PR, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 21.06.2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. HC 157.627-PR AgR, Rel. Min. Edson Fachin, DJ 17.03.2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. HC 94.016-SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 27.02.2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADPF 779-DF, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 06.10.2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. AI 791292 QO-RG-PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 13.08.2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. AP 470-MG AgR (vigésimo segundo), Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 24.09.2013.
- BURKE, Michael E. Exporting Gideon. *Human Rights Magazine*, v. 39, n. 4, p. 17-21, 2013. Disponível em: https://www.americanbar.org/groups/crsj/publications/human_rights_magazine_home/2013_vol_39/vol_30_no_4_gideon/exporting_gideon/. Acesso em: 15 jun. 2024.
- CARULLI, Nicola. *La difesa dell'imputato*. Nápoles: Jovene, 1985.
- CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador*. San José, Costa Rica: CIDH, 2015.
- DENTI, Vittorio. La difesa come diritto e come garanzia. In: GREVI, Vittorio. (Org.). *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*. Bolonha: Zanichelli, 1977. p. 48-56.
- DRINAN, Cara H. Getting real about Gideon: The next fifty years of enforcing the right to counsel. *Washington & Lee Law Review*, v. 70, n. 2, p. 1.309-1.344, 2013. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol70/iss2/15>. Acesso em: 15 jun. 2024.
- FELDENS, Luciano. O direito de defesa: A tutela jurídica da liberdade na perspectiva da defesa penal efetiva. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2024.
- FELDENS, Luciano; TEIXEIRA, Adriano. *O crime de obstrução de justiça: Alcance e limites do art. 2º, § 1º da Lei 12.850/13*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.
- FERNANDES, Antonio Scaranca. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FINGERMANN, Isadora; ZAPATER, Maíra; CUSTÓDIO, Rafael. Análise por país: Brasil. In: BINDER, Alberto; CAPE, Ed; NAMORAZDE, Zaza. (Org.). *Defesa criminal efetiva na América Latina*. São Paulo: ADC, 2016. p. 181-240.
- FRICKER, Miranda. *Epistemic of injustice: Power and the ethics of knowing*. Nova York: Oxford University Press, 2007.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A defesa do condenado na execução penal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BUSANA, Dante (Coords.). *Execução penal*. São Paulo: Max Limonad, 1987. p. 37-46.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *O sistema de nulidades processuais e a Constituição: o processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- LEFSTEIN, N. Will we ever succeed in fulfilling Gideon's promise? *Indiana Law Review*, v. 51, n. 1, p. 39-58, 2018. Disponível em: <https://www.in.gov/publicdefender/files/Will-We-Ever-Succeed-in-Fulfilling-Gideons-Promise-Lefstein.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2024.
- MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirza. Sessenta anos de Gideon v. Wainwright (1963-2023). *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 89, p. 229-262, abr./jun. 2023.
- MALAN, Diogo Rudge. Megaprocessos criminais e direito de defesa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 159, p. 45-67, set. 2019.
- MALAN, Diogo Rudge. Defesa técnica e seus consectários lógicos na Carta Política de 1988. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo Rudge. (Orgs.). *Processo penal e democracia: Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 143-186.
- MALAN, Diogo Rudge. Defesa penal efetiva. *Ciências Penais*, São Paulo, n. 4, p. 253-277, jan./jun. 2006.
- MARCEAU, Justin F. Embracing a new era of ineffective assistance of counsel. *Journal of Constitutional Law*, v. 14, n. 5, p. 1.161-1.218, 2012. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2116541>
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BASTOS, Cleunice A. Valentim. Defesa penal: Direito ou garantia? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 4, p. 110-125, out./dez. 1993.
- NATAPOFF, Alexandra. Gideon skepticism. *Washington & Lee Law Review*, v. 70, n. 2, p. 1.049-1.087, 2013. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol70/iss2/8>. Acesso em: 15 jun. 2024.
- NATIONAL RIGHT TO COUNSEL COMMITTEE. *Justice denied: America's continuing neglect of our constitutional right to counsel*. Nova York: Open Society Foundations, 2009. Disponível em: <https://www.opensocietyfoundations.org/publications/justice-denied-americas-continuing-neglect-our-constitutional-right-counsel>. Acesso em: 15 jun. 2024.
- PLANCHADELL GARGALLO, Andrea. *El derecho fundamental a ser informado de la acusación*. Valência: Tirant Lo Blanch, 1999.
- SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- SERRANO, José Luis. *Validez y vigencia: La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*. Madri: Trotta, 1999.
- TORON, Alberto Zacharias; SZAFIR, Alexandra Lebelson. *Prerrogativas profissionais do advogado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) requereu ingresso, na condição de amicus curiae, a fim de fornecer subsídios para o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 7.624/DF (STF), visando uma interpretação constitucional ao artigo 15 da Lei 9.613/1998. A ação busca compatibilizar o compartilhamento de informações pelo COAF/UIF com os direitos fundamentais a

privacidade, intimidade e proteção de dados pessoais, conforme o artigo 5º da Constituição Federal. A necessidade de autorização judicial para a requisição de informações pelo COAF/UIF é destacada como essencial para garantir a proteção dos dados pessoais. Confira a manifestação do Instituto em: <https://ibccrim.org.br/media/posts/arquivos/arquivo-05-07-2024-13-51-12-736631.pdf>.

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Editorial

2. **Desafios atuais da defesa técnica (pública e privada)**

6. **Notas de amicus curiae**
A defesa efetiva em um júízo oral

7. **Dossiê: Desafios atuais da defesa técnica (pública e privada)**
A defesa efetiva em um júízo oral
Denis Sampaio

10. **Defesa técnica efetiva e postura judicial**
Luciano Feldens

13. **Direito de defesa na etapa preliminar da apuração penal: reconhecimento, novas perspectivas e desafios**
Marta Saad

18. **Palavra da vítima e criação de presunção negativa: mitigação da defesa em casos de crime contra a mulher no ambiente doméstico**
Alexandre Wunderlich

21. **A investigação criminal direta pela defesa e Defensoria Pública: a contribuição institucional para a paridade de armas**
Franklyn Roger Alves Silva

24. **Defesa técnica, (im)parcialidade da atuação policial e vedação de viés de confirmação**
Rafael Ferreira Filippin, Anderson de Andrade Bichara e Agostinho Gomes Cascardo Junior

27. **Investigação defensiva nos crimes de tráfico de drogas: os desafios da Defensoria Pública e seus impactos processuais**
Maria Teresa Carneiro Santos Cintra Zarif e Bianca da Silva Alves

31. **Acordo de não persecução penal: o papel da defesa técnica na evitação de erros e injustiças**
Manuela Abath Valença, Vitória Cristina Gomes Santos e Felipe José Aleksy Vicente Sales

A DEFESA EFETIVA EM UM JUÍZO ORAL

EFFETIVE DEFENSE IN AN ORAL TRIAL

Denis Sampaio  

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa,
ULFD, Lisboa/Portugal
defesanojuri@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.12709555>

Resumo: A estrutura acusatória do nosso sistema processual penal deve ser caracterizada por um juízo eminentemente oral. Este fato indica que a defesa técnica necessita de ferramentas específicas para gerar resultados positivos no seu atuar em audiência. A presente reflexão, portanto, tem como proposta o fortalecimento do exercício efetivo da defesa criminal em um juízo oral.

Palavras-chave: planejamento; ferramenta para a organização; audiência; efetividade defensiva.

Abstract: The accusatory structure of our criminal procedural system must be characterized by a predominantly oral trial. This fact indicates that the defense needs specific tools to generate positive results in their actions during courtroom. Therefore, this reflection proposes to strengthen the effective practice of criminal defense in oral trial.

Keywords: planning; tools for defensive organization; oral trial; effective defense.

1. Introdução

O desenho de um processo penal contemporâneo, caracterizado pelo modelo acusatório¹, pressupõe um órgão com forte estrutura para estabelecer a acusação, baseado nos elementos informativos produzidos pela investigação preliminar. Por outro lado, impõe a necessidade de um sistema de defesa penal (pública e privada) com base adequada e aprimorada para servir de controle às imputações e à dinâmica probatória debatida em um juízo eminentemente oral. Disso resulta, portanto, a busca constitucional da igualdade entre as partes litigantes em um litígio oral.

Logo, a efetividade da defesa penal não se resume ao seu aspecto formal, e sim a uma ação defensiva substancial (Feldens, 2001, p. 45), por meio do encontro com as proteções normativas garantidoras da sua presença com o desempenho ativo (real) do profissional que atua na defesa dos direitos fundamentais da pessoa submetida a uma investigação, ação ou execução penal.

Mas como efetivar todos os preceitos constitucionais para delinear uma efetiva defesa na prática e, em especial, uma defesa plena em um juízo oral?

Destacamos, como primeira identificação, a ausência de uma disciplina específica nas faculdades de Direito sobre a atuação do futuro profissional em um juízo oral². Sentimos, ainda, a falta de enfrentamento doutrinário mais direcionado à atividade prática oral com o substrato teórico defensivo³, a partir da necessária modernização do nosso sistema processual penal.

Essas questões estão coligadas ao identificador de uma metodologia defensiva específica para se afastar da intuição⁴ e do improviso. Não se pode definir uma defesa efetiva perante o juízo oral ou o trâmite processual como um jogo de sorte em busca de elementos que a ela seja favorável. Exige-se preparo e método. Muitas vezes o êxito defensivo — que em nada se assemelha a absolvições ou

desclassificações em juízo — ocorre com o planejamento de técnicas e estratégias muito bem definidas.

2. O juízo oral como centro da formação do conhecimento processual

A reforma setorial do Código de Processo Penal (CPP) brasileiro, que ocorreu pela Lei 11.719/08, pretendeu identificar a oralidade como o princípio estrutural dos ritos processuais, em especial nos arts. 400 e 403. A partir desse contexto e com a inclusão do artigo 3º-A pela Lei 13.964/19, há o reconhecimento da geração de efeitos e consequências teóricas e práticas na dinâmica do modelo de atuação das partes e do julgamento.

Se há a defesa do processo penal como instrumento epistemológico (Sampaio, 2022, p. 51 *et seq.*) e se há o reconhecimento da dialética processual como método para esse fim, não se pode esquecer a forma de produção desse diálogo no juízo oral.

A estrutura acusatória do processual penal pressupõe o afastamento do processo-fascículo para que se alcance um processo-audiência⁵. A oralidade e a imediatividade probatórias são, portanto, consideradas pré-requisitos para a formação do arcabouço básico de um processo democrático e justo (Ambos, 2016, p. 461).

A partir desse contexto, é possível entender o princípio da oralidade em contato com o paradigma do contraditório. Ou seja, com a defesa da formação e desenvolvimento da prova por meio do contraditório (com a adequação do ponto de vista sobre o processo como instrumento epistêmico), tendencialmente se afirma que a prova somente poderá ser formada e produzida quando identificado o princípio da oralidade.

Destarte, a oralidade e a imediatividade como centro da formação do conhecimento processual levam à garantia da ativa participação de todos os envolvidos na dinâmica processual (Andrés Ibáñez,

¹ Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Lisboa, Portugal, Mestre em Ciências Criminais pela UCAM/RJ; Especialista em Prova Testemunha e Raciocínio Probatório pela Faculdade de Girona (ES); Investigador do Centro de Investigação em Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Lisboa; Defensor Público do Rio de Janeiro. Coordenador do Núcleo de Investigação Defensiva da DPRJ. Membro Consultor da Comissão de Investigação Defensiva da OAB/RJ; Membro Honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros. Professor de Processo Penal. Autor de livros e artigos. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1700-3799>. Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4167842334977106>. Instagram: denis_sampaio. Facebook: denissampaio.

2007, p. 159), com objetivo de influência e coprodução da decisão penal (Sampaio, 2022, p. 237).

O esforço processual das partes não se resume a esse momento. Pelo contrário, desde a fase de investigação até a fase oral, as partes precisam entender que os atos anteriores tendem a preparar e possibilitar a aplicação da formação desse conhecimento (Winter, 2008, p. 41).

Para a defesa, o conjunto de antecedentes fáticos e subjetivos que forma a sua atuação constitucional de resistência à acusação deve ser estruturado desde o primeiro contato com o caso penal. Por isso, as estratégias defensivas já começam a ser definidas nesse momento para constituir a base necessária para as tomadas de decisões defensivas⁶, tentando reduzir, ao máximo, improvisações, já que implicam em alto risco para o desempenho defensivo e o resultado do processo (Natarén Nandayapa; Ramirez Saavedra, 2008, p. 14).

3. Uma defesa penal estratégica

O encontro da defesa com o caso penal, desde o primeiro contato e seguindo durante o trâmite processual, deve estar caracterizado por algumas questões fundamentais e não estáticas, tais como: quais proposições fáticas sustentam a carga acusatória? Há proposições fáticas que consubstanciam a resistência defensiva? Por meio de qual referência jurídica se conduzirá a estrutura fática acusatória? Em qual referência jurídica se conduzirá a viável resistência defensiva? Quais são os elementos probatórios que sustentam cada uma das proposições fáticas da acusação? A defesa dispõe de elementos probatórios? A resistência defensiva será total ou parcial?

Em uma leitura rápida dessas indagações, o que parece ser simples resulta na espinha dorsal de um conjunto de ações desenhado para o exercício de uma defesa estratégica.

É a partir desse início que a defesa, de forma responsável, começa a refletir sobre seus limites e possibilidades e eventuais consequências jurídicas do caso.

Por óbvio que as respostas às questões não são estáticas. O dinamismo processual e o somatório de informações tendem a alterar as consequências jurídicas e, até mesmo, as estratégias defensivas. Mas os pontos servem como foco inicial para a formação do conjunto de ações a ser desenvolvido na fase preparatória para o juízo oral.

Contudo a individualização do(s) "ponto(s) nodal(is)" da resistência defensiva é de fundamental importância para estabelecer seu grau de abrangência e os seus limites. A partir desse momento, a defesa estará apta a trabalhar estrategicamente com os detalhes. E é aqui que a atuação defensiva se mostra mais consistente.

Ainda que as nuances se pareçam marginais, em muitos casos serão elas que tornarão a imputação incoerente com a realidade ou com as provas debatidas em juízo. São os detalhes que podem resultar nos denominados "cabos soltos" (Suarez et al., 2005, p. 22) de uma narrativa que afaste a sua própria consistência.

Consequentemente, a técnica da individualização do tema defensivo tem alguns propósitos práticos que caracterizam a sua efetividade: 1º) estabelece a possibilidade de orientar a atividade defensiva em uma direção precisa; 2º) evita o desgaste de energia e economiza tempo de atuação; 3º) identifica, com mais facilidade, as suas estratégias; 4º) caracteriza a força de alguns elementos de prova (como relevantes e irrelevantes); 5º) reduz uma possível aventura jurídica, normalmente causado por um "tuziorismo" defensivo (Traversi, 2009, p. 22).

Porém a maior dificuldade prática está na fixação do "ponto nodal", com a individualização de temas e subtemas pela defesa técnica, em um juízo oral.

4. Métodos fundamentais para a atividade defensiva em um juízo oral

Todo o labor defensivo deve seguir por meio da identificação dos momentos processuais. Há um rigor metodológico exercido pela defesa para a atividade investigativa; outro para o juízo oral e um completamente diverso para os momentos de impugnação de atos processuais e decisões. Essas intervenções, em um litígio penal, aproximam-se e se correlacionam quando são compreendidas duas análises básicas e fundamentais: sobre o aspecto fático e o contexto jurídico. No processo penal e sua vivência prática, essas

referências não podem ser afastadas. E é a partir dessa assertiva que a defesa técnica deve seguir.

Como abordam Anderson, Schum e Twining (2005, p. 317, tradução nossa) "[...] todos os advogados competentes usam ferramentas adequadas para organizar os fatos em distintas etapas da preparação de um caso para o juízo." A utilização dessas ferramentas serve para que a defesa construa um diagrama para a organização dos eventos, a adequação da imputação aos fatos, a relevância das provas propostas pela acusação e, em especial, pela defesa e a identificação do seu objetivo defensivo.

Deve-se pensar que a imputação acusatória é caracterizada por uma necessária narrativa coerente. Por isso, a apresentação da acusação segue uma estrutura cronológica e, caso haja referência a mais de um elemento do tipo ou a outro tipo penal, uma estrutura temática.

Nesse ponto, destaca-se que o debate processual penal se refere às questões passadas e devidamente individualizadas na imputação acusatória (denúncia). Por isso, o tempo da ocorrência fática identifica a análise do raciocínio acusatório e defensivo. A partir desse contexto, os elementos de prova devem ser individualizados para a inferência de cada afirmativa ou refutação. A apresentação das provas e os relatos das testemunhas seguem nessa mesma contextualização. Logo, a defesa deve conhecer o desenvolvimento temporal para que se organize na sua objetiva intervenção.

Contudo o raciocínio defensivo deve partir do ponto individual para o geral. Consequentemente, uma análise primordialmente temática resulta em uma defesa efetivamente estratégica. A referência cronológica, muitas das vezes, não será exposta em juízo pela defesa, pois é uma responsabilidade acusatória (ônus de provar o que afirma) desde a apresentação das suas proposições fáticas e a forma como deve encurtar a distância entre os fatos e a teoria jurídica de natureza abstrata.

Não se pretende aqui afastar a responsabilidade constitucional da acusação sobre os aspectos temáticos trazidos em juízo, mas uma defesa plena que trabalhe como fiscal do controle de qualidade das informações veiculadas à dinâmica processual deve individualizar seu olhar para o fio condutor de cada afirmação coligada ao elemento do tipo penal e suas consequências jurídicas.

Na medida em que a defesa raciocina criticamente — a aferição defensiva deve seguir um processo reflexivo e contínuo —, a partir do contexto jurídico, logra estabelecer um conjunto de esquemas estratégicos, na medida em que identificará a possibilidade do seu grau de abrangência e os seus limites. Consegue, ainda, identificar as proposições probatórias disponíveis (o que será admitido ou não) e a própria relevância da discussão e dos elementos de provas a serem empregados em juízo, por meio de um método analítico para atingir um raciocínio probatório defensivo.

Nessa linha, para uma efetiva defesa em um juízo oral, os pontos em referência estão condicionados ao desenvolvimento metodológico do próprio atuar defensivo. Como já afirmamos, o esforço estratégico da defesa busca reduzir o risco de improvisos que podem afetar, diretamente, sua atuação e o resultado do processo.

5. Uma ferramenta para a organização das estratégias defensivas: "the trial book"

É importante lembrar que a regra segue na realização de única audiência com o exaurimento da instrução e a apresentação das alegações orais. Logo, a defesa técnica deve adentrar ao juízo oral devidamente preparada para todas as nuances dinâmicas que possam ocorrer em audiência.

Daí surge a necessidade da "pasta da audiência" (*the trial book*)⁷, como ferramenta de organização para facilitar e estruturar a atividade defensiva em juízo.

Não se pode esquecer que a "pasta da audiência" não se resume à cópia dos autos do processo penal. Esse estará ali em juízo para o seu manuseio⁸, o que poderá ser, inclusive, um bloqueio estratégico para a defesa técnica, na medida em que a busca de informações nos autos originais pode gerar a desorganização do foco defensivo específico.

Por isso, o *trial book* deve conter o que irá ser debatido no juízo oral por meio de um diagrama sobre a estrutura das perguntas em um exame direto ou cruzado para cada testemunha e a formação de apontamentos jurídicos e probatórios referentes às questões sensíveis ao caso penal.

Consequentemente, a “pasta da audiência” cumpre três importantes funções:

Primeira, a preparação da pasta é uma forma sistemática de preparar-se para o litígio oral. Nesse ponto, a defesa técnica estará forçada a dedicar-se à análise do que se torna necessário para os atos processuais em audiência (exame direto, exame cruzado e alegações orais).

Segunda, a pasta da audiência deve servir como uma referência rápida, em especial, para a realização do exame cruzado. Por isso, esse instrumento deve estar organizado com as informações individualizadas para cada testemunha e apresentação de documentos, inclusive laudos periciais.

Terceira, a pasta da audiência segue como uma lista de verificação do que já foi e do que não foi provado, bem como os objetivos alcançados em cada inquirição de testemunhas. Nesse ponto, além de um guia organizado para prever possíveis questões em audiência, essa ferramenta servirá para traçar novas estratégias defensivas.

Na realidade, quando se estabelecem critérios para o litígio em audiência, é possível visualizar o alcance ou não dos objetivos defensivos (parte imprescindível da refutação defensiva) e o quadro probatório apresentado pela acusação.

Da mesma forma, a pasta da audiência identifica quais foram os pontos positivos e negativos de cada testemunha para a comprovação de um fato e para a estrutura da tese defensiva.

Como já exposto, é um exemplo de ferramenta prática para visualização dos temas debatidos e da individualização das estratégias defensivas em juízo oral.

5. Conclusão

É a partir dessas asserções que a aplicação de habilidades analíticas e um método de esquema para a preparação para o juízo oral e uma efetiva litigância penal se mostram necessários, em especial em um sistema processual penal com estrutura acusatória (art. 3º-A, CPP), caracterizado pela contraposição dialética entre as partes e pela delicada responsabilidade da defesa em exercer o direito à prova (Traversi, 2009, p. 4) como substrato da sua função constitucional.

Todas essas questões levam a uma afirmativa necessária: o exercício da efetiva defesa em audiência não se resume em apenas estar presente e realizar perguntas⁹. Há uma técnica que estrutura todo o caminhar defensivo naquela ambiência oral.

Todos esses pontos devem ser direcionados, por meio de um método idealizado com planejamento, para que seja construída uma gestão defensiva para um juízo oral.

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: o autor confirma que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** somente o pesquisador que cumpre o requisito de autoria deste artigo é listado como autor. **Declaração de Como citar (ABNT Brasil)**

SAMPAIO, D. A defesa efetiva em um juízo oral. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 32, n. 381, p. 7-9, 2024. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1264. Acesso em: 1 ago. 2024.

originalidade: o autor garante que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; ele também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1264. Acesso em: 1 ago. 2024.

Notas

- 1 “Caracterizado”, na medida em que não existe um sistema processual puro, como aborda Armenta Deu (2012, p. 54 *et seq.*).
- 2 Um exemplo interessante ocorreu no Chile e foi classificado como uma das “melhores práticas” da América Latina na transformação do sistema inquisitório tradicional para um sistema acusatório. Com a reforma em 2001, o Chile implementou um processo de capacitação de todas as instituições, em especial para os advogados e a estruturação da Defensoria Pública. A formação dos advogados que participam do litígio oral ocorre desde a formação universitária, como fundamentalmente, por meio da capacitação institucional (Natarén Nandayapa; Ramirez Saavedra, 2008, p. 10-12).
- 3 O que foi alertado também por Malan (2022, p. 251).
- 4 Como advertiu Malan, “Alguns advogados tendem ao viés egocêntrico (*egocentric bias*) e à heurística do excesso de confiança (*overconfidence*), considerando suas habilidades como fatores determinantes das suas vitórias, e fatores externos como determinantes das suas derrotas processuais” (Malan, 2022, p. 252).

- 5 Por isso, a defesa da alteração de um modelo de administração de justiça baseado na petição, para um modelo de administração de justiça baseado no litígio oral (Binder, 2012, p. 180).
- 6 Em todas as etapas do procedimento, inclusive na fase investigativa, a defesa deve tomar decisões, já que seu exercício estratégico depende da sua habilidade para a aplicação das técnicas jurídicas.
- 7 “Tal como o livro de produção de uma obra teatral, o *the trial book* permite aos participantes ver as partes e o todo e visualizar concretamente se o todo tem algum sentido” (Anderson; Schum; Twining, 2005, p. 318).
- 8 A grande maioria dos Tribunais, atualmente, dispõem de processos eletrônicos e, portanto, basta um computador para o seu efetivo acesso.
- 9 Por isso, conhecer técnicas de inquirição identificando, na prática, a diferença entre o *direct examination* e o *cross-examination* é função primordial da defesa estratégica em um juízo oral.

Referências

- AMBOS, Kai. *Treatise on International Criminal Law*. Vol. III: Internacional Criminal Procedure. Nova York: Oxford University Press, 2016.
- ANDERSON, Terence, SCHUM, David; TWINING, Willian. *Analysis of evidence*. 2. ed. Londres: Cambridge University Press, 2005.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *En torno a la jurisdicción*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2007.
- ARMENTA DEU, Terese. *Sistema procesales penales: La justicia penal en Europa y América*. Madri: Marcial Pons, 2012.
- BINDER, Alberto. *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2012.
- FELDENS, Luciano. *O direito de defesa: a tutela jurídica da liberdade na perspectiva da defesa penal efetiva*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- MALAN, Diogo. *Advocacia criminal contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

- NATARÉN NANDAYAPA, Carlos F.; RAMIREZ SAAVEDRA, Beatriz E. *Aspectos relevantes de la litigación oral en el nuevo proceso penal acusatorio*. Cidade do México: Ubijus, 2008.
- SAMPAIO, Denis. *A valoração da prova penal: O problema do livre convencimento e a necessidade de fixação do método de constatação probatório como viável controle decisório*. Florianópolis: Emis, 2022.
- SUARES, Rafael Blanco; FERNÁNDEZ, Mauricio Decap; HOLMAN, Leonardo Moreno; CORRAL, Hugo Rojas. *Litigación estratégica em el nuevo proceso penal*. 1. ed. Santiago: LexisNexis, 2005.
- TRAVERSI, Alessandro. *La difesa penale. Tecnica argomentativa e oratorie*. 4. ed. Milão: Giuffrè, 2009.
- WINTER, Lorena Bachmaier. *Proceso Penal y sistemas acusatorios*. Madri: Marcial Pons, 2008.

DEFESA TÉCNICA EFETIVA E POSTURA JUDICIAL

EFFECTIVE TECHNICAL DEFENSE AND JUDICIAL ROLE

Luciano Feldens¹  

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do
Sul, PUCRS, Porto Alegre/RS
luciano@feldens.com.br

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.12709647>

Resumo: Apenas uma defesa amplamente assegurada e diligentemente executada se poderia enquadrar, normativamente, como efetiva (art. 5º, LV, da CF). Esse standard de realização do direito pressupõe a ampla disponibilização e o efetivo aproveitamento, em sentido formal e material, dos meios e recursos reputados adequados e necessários ao seu exercício. A defesa penal efetiva encontra, assim, duas ameaças diretas: (i) o Estado, por meio de seus agentes, no que promovam restrições ilegítimas à defesa, as quais podem provir de comandos abstratos (da própria lei ou de sua regulamentação) ou concretos, nos espaços cotidianos de realização do direito (defesa restringida); ou (ii) o próprio advogado, no que revele, no exercício da prestação defensiva, uma atuação deficiente, abaixo do que exigem a deontologia profissional e as circunstâncias do caso (defesa deficiente). Em quaisquer dessas situações, o Poder Judiciário tem um papel assecuratório a cumprir, cabendo aos juízes, em última análise, assegurar concretamente a realização do direito, promovendo sua tutela judicial efetiva (art. 5º, XXXV, da CF), em atenção às funções normativas de defesa (dever de respeito) e prestação (dever de proteção) que emanam de sua posição jusfundamental.

Palavras-chave: direito de defesa; defesa técnica efetiva; defesa restrita; deficiência de defesa.

Abstract: Only a defense that is widely assured and diligently executed can be classified, normatively, as effective (art. 5, LV, of the Federal Constitution). That said, there are two direct threats that can impact the due right to defense: (i) the State, through its agents, insofar as they promote illegitimate restrictions on defense, which can come from abstract commands (from the law itself or its regulations) or concrete ones, in the daily spaces of realization of the right (restricted defense); or (ii) the lawyer himself, insofar as he reveals, in the exercise of defensive services, a deficient performance, below what is required by professional ethics and the circumstances of the case (deficient defense). In any of these situations, the Judiciary has an assuring role to play, and it is up to the judges, in the final analysis, to concretely ensure the realization of the right, promoting its effective judicial protection (art. 5, XXXV, of the FC), in attention to the normative functions of defense (duty of respect) and provision (duty of protection) that emanate from their jusfundamental position.

Keywords: right to counsel; effective defense; restricted defense; deficient defense.

1. O problema e seus impactos

A despeito de toda a carga normativa de que se investe o direito de defesa, a realidade incontroversa, assumida como tal por aqueles que vivenciam o foro criminal, aponta para um cenário de fragilidade na prestação defensiva, sobretudo de assistidos pobres, quando destituídos da possibilidade de receber o auxílio de um defensor de sua eleição ou mesmo da Defensoria Pública. São recorrentes as situações em que os investigados não têm assistência defensiva no momento da prisão e da própria investigação; tampouco é incomum o primeiro contato do réu com seu defensor ocorrer minutos antes da audiência judicial. Frequentemente, o acesso ao processo é realizado em condições precárias e a ausência de tempo e meios adequados para a preparação da defesa se converte em claro obstáculo à efetividade da defesa (Feldens, 2023).

Em alguma medida, esse cenário deficitário está retratado no *Rule of Law Index*, resultado de criteriosa pesquisa conduzida pelo *World Justice Project*. Colhendo a percepção de cidadãos e especialistas, professores e profissionais do Direito de todo o mundo, o periódico se propõe a examinar a evolução do Estado de Direito em escala global. Em 2014, entre 99 países, o Brasil ocupava a 69ª posição no quesito “justiça criminal efetiva” (*effective criminal justice*), critério que apura, essencialmente, (i) o respeito ao devido processo, (ii) a adequada assistência legal e (iii) a efetividade e a agilidade das instituições do sistema de justiça. Esse panorama desfavorável repetiu-se nos anos posteriores: no biênio 2017–2018, o Brasil caiu para a 85ª posição, entre os 113 países pesquisados, remanescendo em posição de declínio no *status Rule of Law Performance*; em 2019, nova queda: dentre 126 países pesquisados, o Brasil despencou para a 94ª posição, ficando atrás, por exemplo, de Uruguai (42ª),

¹ Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS. Especialista em Direito Penal (1996), Mestre (2002) e Doutor (2006) em Direito, com pós-doutoramento em Democracia e Direitos Humanos (2014). Coordenador do Grupo de Pesquisa em Direito Penal Econômico e Empresarial da PUCRS. Professor convidado nos cursos de especialização em Direito Penal da UFRGS, FGV/SP e USP. Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2720405484254085>. ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-2293-9447>.

Argentina (61ª) e Paquistão (92ª). Entre 2020 e 2023, o Brasil seguiu mal posicionado, agora ocupando a 83ª posição no *ranking* global, com um escore de 0,49 entre 0 e 1, em que 1 indica a máxima aderência ao Estado de Direito. No quesito *criminal justice*, o Brasil caiu para a 114ª posição, entre 142 países pesquisados.

É logicamente esperado que a deficiência de defesa impacte no resultado dos julgamentos. Nos Estados Unidos, país com a maior população carcerária do mundo, há pesquisas mensurando o peso da assistência jurídica deficiente na produção de decisões condenatórias, culminando, inclusive, com a imposição de prisão perpétua ou pena de morte.

Brandon Garret (2012), cuja pesquisa aponta a ineficiência do advogado como uma das mais frequentes arguições em pedidos de revisão criminal, examinou os primeiros 250 casos de exoneração de responsabilidade pelo teste de DNA, ou seja, de absolvições precedidas de condenação com parcial cumprimento da pena. Desses 250 detentos cujos casos foram revisados, 40 (16%) haviam falsamente confessado o crime, um elemento bastante elucidativo quando em questão a efetividade da assistência defensiva.

As universidades de Michigan e da Califórnia desenvolvem estudos permanentes sobre casos de exoneração de responsabilidade em procedimentos de revisão criminal. Os dados daí resultantes abastecem o *National Registry of Exonerations*, que computa, no período de 1989 ao final de 2023, 3.543 casos de afastamento da responsabilidade penal de cidadãos condenados e presos pela prática de crimes que não praticaram. Esses erros judiciais renderam a essas pessoas o indevido cumprimento de 31.900 anos de prisão. Na epígrafe da pesquisa consta a impactante inscrição: *more than 31,900 years lost*.

Se a percepção dos *experts* está correta, e parece estar, temos um nada irrelevante déficit de eficácia do direito de defesa, em sua dimensão normativa e/ou prestacional. E o problema já não se restringe à inépcia do advogado — tema que deve merecer toda a atenção da Ordem dos Advogados —, mas, no que interessa a este texto, à postura judicial contemplativa diante dessa deficiência na prestação defensiva.

2. O tratamento jurídico da defesa deficiente no Brasil

O modelo interpretativo que vem balizando a jurisprudência no que diz respeito à deficiência de defesa é o que se contém na Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal (STF), assim redigida: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu” (Brasil, 1969). Ao editar o verbete, o STF fixou três pontos que seriam determinantes para a formação de um quadro de reduzida proteção judicial do direito de defesa, em circunstâncias de prestação defensiva apontada como deficiente: (i) primeiramente, estabeleceu uma pouca clara distinção entre “falta” de defesa e “deficiência” de defesa, passando a tolerar um grau de concretização do direito fundamental assumidamente baixo (“deficiente”); (ii) em segundo lugar, indicou que dessa deficiência não resultaria vício processual se não comprovado “prejuízo” para o réu; (iii) em terceiro lugar, acabou por impor ao próprio réu, deficientemente assistido, o ônus de provar o “prejuízo” sofrido.

Os fundamentos que embasam a Súmula 523 revelam uma aderência estrita à letra do art. 564, III, do CPP de 1941, no que censuraria apenas a “falta” de defesa, e não propriamente sua deficiência. Sob essa orientação há mais de cinquenta anos, o STF não construiu um *standard* mínimo de defesa, abaixo do qual o direito fundamental se poderia considerar violado. Além disso, ao anexar um novo elemento — demonstração de “prejuízo” — para o reconhecimento da vulneração ao direito de defesa, o tribunal acabou deslocando a discussão, deixando escapar para

a dogmática do processo (teoria das nulidades) uma questão eminentemente constitucional, relacionada à eficácia (mínima) dos direitos fundamentais.

A superação desse modelo sugere refixarmos o eixo central da discussão (seção 3), isso para recuperarmos o ambiente normativo a partir do qual deve operar o direito de defesa, identificando as funções que cumpre no ordenamento jurídico e os efeitos que projeta sobre a legislação ordinária (a processual, inclusive) e sobre a atividade judicial (seção 4).

3. Bases jurídico-filosóficas para a aplicação das normas de direitos individuais

O ambiente do processo penal externaliza uma relação de contraste entre os direitos e o poder, a pessoa e o Estado, a liberdade e a segurança. A aplicação das normas de direitos individuais depende, em larga medida, de como encaremos essa relação. A depender da premissa da qual partimos, depositando o ônus de justificação num ou noutro polo da relação, chegaremos a um resultado prático que prestigie ou que facilmente neutralize a eficácia do direito individual. Vejamos, com a imposição de brevidade, três situações em que o discurso jurídico — conscientemente ou não — aborda essa questão:

Primeiro, tornou-se um mantra a afirmação de que “os direitos não são absolutos”. Se com isso se quer afirmar que ao amparo dos direitos seus titulares não podem realizar tudo que lhes ocorra, a afirmação é um tanto óbvia. Entretanto, se o que se pretende é afirmar que os direitos que a Constituição reconhece podem ser relativizados à conveniência do legislador e do juiz, a coisa já não resulta tão clara. Preservados em seu conteúdo essencial, os direitos fundamentais em regra comportam margens de restrição determinadas ou determináveis por força da totalidade do quadro normativo da Constituição, e sempre pautadas em lei. Porém dessa possibilidade jurídica não decorre a conclusão de que sejam “relativos”, no sentido de removíveis diante de um genérico interesse público que se lhes anteponha. O interesse público, enquanto categoria, é algo que não se evidencia em sua abstração semântica, e que necessita ser demonstrado nas concretas circunstâncias em que se postula a restrição ao direito individual. Para que fique claro: o que não é absoluto é o poder do Estado. É dessa premissa que se deve partir. É o poder que primariamente passa a encontrar seus limites nos direitos individuais, e não o contrário.

Em segundo lugar, na relação entre pessoa e Estado, é preciso reafirmarmos a precedência da dignidade humana sobre as genericamente denominadas “razões de Estado”, por vezes também camufladas de interesse público ou coletivo. Como reação ao poder total, a Lei Fundamental da Alemanha (1949) abre com a proclamação da intangibilidade da dignidade humana, fórmula jurídico-política que assentaria as bases de uma sociedade em reconstrução, influenciando o constitucionalismo ocidental, inclusive o nosso, a partir do segundo pós-guerra. Esteia-se na própria condição humana (dignidade) a repetida concepção segundo a qual, quando em questão a liberdade pessoal e os valores a ela associados, os fins não justificam a adoção de quaisquer meios.

Em terceiro lugar, na relação entre liberdade e segurança, devemos reafirmar a subsidiariedade da ação estatal. Novamente se trata de redefinir o ponto de partida, ou seja, de estruturar o raciocínio a partir do valor liberdade, adquirido pelo indivíduo originária e incondicionadamente. De modo bem claro: em uma sociedade na qual o homem nasce livre, como sujeito de direitos (Declaração Universal dos Direitos Humanos, ONU, 10/12/1948), o que precisa ser justificado não é a liberdade, mas a falta dela; ou seja, as restrições a seu exercício. Assim, na dicotômica relação entre liberdade e segurança, o pensamento jurídico deve encarnar o dogma da subsidiariedade da ação estatal; este, o fundamento filosófico de uma sociedade que se constrói de baixo para cima, sintetizado na

expressão de Kaufmann (2004, p. 332): tanta liberdade quanto possível; e tanto Estado quanto necessário.

Todas essas premissas — que em nenhum momento indicam sobreposição concreta de um valor, de um fim ou de um objetivo sobre outro — apontam, isso sim, para a necessidade de adotarmos uma postura argumentativa qualificada, por meio da qual as restrições ao conteúdo da norma jusfundamental sejam orientadas por critérios escrutináveis, em ordem a propiciar ao cidadão um controle racional da arbitrariedade argumentativa (Ávila, 2019), incrementando, por conseguinte, a controlabilidade judicial sobre a deficiência de defesa.

4. Multifuncionalidade dos direitos fundamentais e função judicial: a hipótese do direito de defesa

As normas de direito fundamental estruturam um regime de liberdade intolerante com o arbítrio, seja manifestado por ação, seja por omissão. Para concretizarmos esse fim, os direitos cumprem funções diversas no ordenamento jurídico. Com alguma variação de nomenclatura por parte da doutrina e tomando em conta, precisamente, o direito de defesa enquanto direito individual, analisemos duas de suas funções proeminentes, as quais se colocam diante do Estado sob a forma de deveres:

Função de defesa: corresponde a um dever de respeito, de abstenção de intervenção na área do direito fundamental (dever de respeito ao direito); todos estão vinculados a respeitar o livre exercício desse direito, sendo-lhes vedada a criação de obstáculos que culminem por embaraçar sua fruição, mesmo invocando razões de “interesse público”. Na eventual imposição de obstáculos ao livre desenvolvimento do direito de defesa, competirá ao Poder Judiciário removê-los. Se a agressão emanar do próprio juiz, caberá à instância superior fazê-lo, sempre a partir dessa perspectiva: como imperativo de tutela decorrente do próprio direito fundamental, mais precisamente da função de defesa do direito frente a ingerências indevidas.

Função de prestação jurídica: corresponde a um dever de proteção do direito (dever de proteção ao direito); na perspectiva do direito de defesa, trata-se de uma prestação de caráter jurídico, atribuível a qualquer autoridade de Estado, consistente no dever de garantir a efetiva realização do direito (função de proteção). Essa função de proteção exigirá do juiz que coloque atenção no desempenho concreto da prestação defensiva, garantindo que ela seja exercida dentro de um padrão juridicamente aceitável, minimamente ajustado à sua condição de direito fundamental. Um certo nível de controle sobre a performance do defensor resulta, portanto, adequado — e até mesmo necessário — para assegurar que o direito à assistência não se torne vazio.

Assim colocada a questão, no curso de uma ação penal será vedado ao juiz tanto obstaculizar o direito de defesa quanto contemplar seu deficitário exercício (o que ocorre, por exemplo, quando o profissional encarregado passa a desperdiçar oportunidades processuais, atuando de forma negligente ou manifestando despreparo técnico). Nessa hipótese, embora o primeiro obstáculo à efetividade do direito situe-se na atuação do próprio advogado, este acaba sendo secundado pelo juiz, ante eventual omissão na reparação da lesão ao direito (dever de proteção).

5. Por fim

Com sua atividade orientada pela dogmática dos direitos fundamentais, não se pode considerar propriamente legítimo que o Estado (juiz) imponha ao indivíduo em situação de vulnerabilidade um ônus adicional, obrigando-o a provar o “prejuízo” decorrente do deficitário exercício de um direito que ele próprio, Estado, deveria, em alguma medida, fiscalizar (função de proteção dos direitos individuais). Por essas razões, o direito de defesa não se compatibiliza com a compreensão jurisprudencial que subordina o reconhecimento de sua vulneração à prova do prejuízo decorrente da prestação defensiva deficiente — ou, o que é pior, à prova de prejuízo efetivo, uma clara inversão semântica que faz migrar o exame de efetividade do âmbito de realização do direito para o espectro de sua violação.

Nessa linha, a não passar pelo cancelamento do enunciado (Malan, 2009, 2020), o único modo de salvar a Súmula 523 do STF, no sentido de conformá-la a um ambiente jurídico-constitucional deferente com a garantia dos direitos, se daria mediante a inversão do ônus argumentativo em torno do prejuízo. Nos seguintes termos: apontada, pelo acusado, a deficiência na prestação defensiva, ou mesmo diagnosticada essa situação pelo juiz, caberia ao Estado (acusação), a efeitos de afastar o juízo de invalidade pautado na deficiência defensiva, o dever de provar que da violação ao direito individual não tenha resultado qualquer prejuízo ao acusado.

Fora desse perímetro argumentativo, a Súmula 523 do STF seguirá se impondo como uma intervenção injustificada no âmbito do — logo, caracterizando uma lesão ao — direito fundamental de defesa, em desafio à normatividade do art. 5º da Constituição, notadamente a partir da conjugação de seus incisos LV (ampla defesa), LIV (devido processo legal) e XXXV (tutela judicial efetiva), no que exigem um standard de efetiva proteção dos direitos fundamentais, incompatível com um comportamento de Estado explicitamente tolerante com a deficiência de defesa.

Apenas mediante a renovação do *standard* decisório em torno da deficiência de defesa (e do respectivo direito fundamental) a tutela jurídica da liberdade se consolidará na perspectiva de um direito à defesa penal efetiva.

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: o autor confirma que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo.

Declaração de autoria: somente o pesquisador que cumpre o requisito de autoria deste artigo é listado como autor. **Declaração de originalidade:** o

Como citar (ABNT Brasil)

FELDENS, L. Defesa técnica efetiva e postura judicial. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 32, n. 381, p. 10-12, 2024. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1270. Acesso em: 1 ago. 2024.

Referências

ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 523*. Brasília: STF, 1969. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula523/false>. Acesso em: 14 jul. 2024.
FELDENS, Luciano. *O direito de defesa: a tutela jurídica da liberdade na perspectiva da defesa penal efetiva*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2023.
GARRET, Brandon L. *Convicting the innocent: where criminal prosecutions go wrong*. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

autor garante que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; ele também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

[org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1270](https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1270). Acesso em: 1 ago. 2024.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian: 2004.
MALAN, Diogo. Advocacia criminal e defesa técnica efetiva. *Consultor Jurídico*, 7 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-07/diogo-malan-advocacia-criminal-defesa-tecnica-efetiva/>. Acesso em: 14 jul. 2024.
MALAN, Diogo. Defesa técnica e seus consectários lógicos na Carta Política de 1988. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Org.). *Processo Penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 143-186.

Autor convidado

DIREITO DE DEFESA NA ETAPA PRELIMINAR DA APURAÇÃO PENAL: RECONHECIMENTO, NOVAS PERSPECTIVAS E DESAFIOS

THE RIGHT OF DEFENSE IN THE CRIMINAL INVESTIGATIONS: RECOGNITION, NEW PERSPECTIVES AND CHALLENGES

Marta Saad¹  

Universidade de São Paulo, USP, São Paulo/SP
martasaad@usp.br

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.12709853>

Resumo: O exercício do direito de defesa na etapa preliminar da apuração penal ganhou reconhecimento nas duas últimas décadas. Há novas perspectivas e desafios para plena participação defensiva, tanto na investigação pública como na investigação defensiva.

Palavras-chave: direito de defesa; inquérito policial; investigação preliminar; investigação defensiva.

Abstract: The exercise of the right to defense in the preliminary stage of criminal investigation has gained recognition in the last two decades. There are new perspectives and challenges for full defense participation, both in public investigation and in defense investigation.

Keywords: right to defense; police inquiry; preliminary investigation; defensive investigation.

1. Introdução

Por mais de cinquenta anos, a contar da edição do Código de Processo Penal de 1941, negou-se a possibilidade de atividade defensiva na primeira fase da persecução penal, consubstanciada notadamente no inquérito policial. Não se conferia relevância a essa fase, negligenciada e pouco prestigiada, ignorando-se sua importância, dificuldades e desafios.

Nas últimas duas décadas, esse cenário vem paulatinamente se alterando, com mudança de percepção acerca do inquérito policial e seus correlatos: depois de firmar diversos precedentes, o Supremo Tribunal Federal editou súmula vinculante, assegurando o direito de acesso à investigação pela defesa; novos atores passaram a disputar o protagonismo da condução da investigação: além de polícia judiciária, Ministério Público e defesa; vivenciamos megaoperações criminais, mudando-se significativamente o eixo informativo da persecução penal para essa fase; várias alterações legislativas foram efetuadas para disciplinar a inoponibilidade do sigilo do inquérito à defesa e a punição por abuso de autoridade em caso

de seu desrespeito; o trâmite eletrônico conferiu maior publicidade ao inquérito policial; outorgamos o controle dessa fase a nova figura, o juiz de garantias. Foram muitas e importantes alterações. O presente texto recupera esse histórico no tocante à participação defensiva e aponta, ao fim, novas perspectivas e desafios impostos à defesa na etapa preliminar da persecução penal.

2. Funções e finalidades da investigação preliminar

A investigação preliminar, visando a apurar o fato, que aparenta ser ilícito e típico, bem como sua autoria, coautoria e participação, é procedimento prévio, cautelar, realizado no mais das vezes pela polícia judiciária, em inquérito policial, procedimento de natureza administrativa e finalidade judiciária.

Desde a legislação processual de 1871, quando se atribuiu aos delegados de polícia, nos distritos, a incumbência de se proceder imediatamente à coleta de elementos para apuração da infração penal até a chegada dos juízes de direito, competentes para a formação da culpa, reconheceu-se a necessidade de adoção de

¹ Professora Doutora de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutora (2007) e Mestre (2002) em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Ex-Presidente e ex-Conselheira do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ex-Presidente da Rede Ibero-Americana de Advocacia Criminal. Advogada. Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3199855414351538>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5363-390X>.

*Este artigo aborda elementos discutidos no texto "Editorial do dossiê 'Reformas da investigação preliminar e a investigação defensiva no processo penal' - Investigação preliminar: desafios e perspectivas" publicado na Revista Brasileira de Direito Penal, no primeiro quadrimestre de 2020.

determinadas medidas de urgência, a fim de que os vestígios da infração não desaparecessem ou se perdessem no tempo.

O inquérito policial serve, assim, à preservação de eventuais elementos ou meios de prova, ostentando natureza cautelar, mas sua cautelaridade não se confunde com provisoriedade, porque muitos dos atos praticados nessa fase são permanentes.

Ao lado do atendimento à urgência, a investigação preliminar também é cautelar no sentido de evitar excessos que a imediatidade de eventual ação penal poderia trazer à honra e à reputação da pessoa envolvida no processo penal.

A investigação preliminar, além disso, ostenta finalidades de duas ordens. A primeira delas é a de reconstruir o fato investigado, informando e instruindo a autoridade judicial e o acusador, público ou privado. A segunda finalidade do inquérito é a de ministrar elementos para decretação de medidas e provimentos cautelares, no curso mesmo da persecução penal.

3. O que se produz na investigação preliminar: atos propriamente de investigação e atos de instrução

É certo, ainda, que a investigação preliminar abriga não só atos de investigação, mas também atos de instrução criminal, alguns, como dito, de caráter transitório e outros de caráter definitivo.

Quem investiga rastreia, pesquisa, indaga, segue vestígios e sinais, busca informações para elucidação de um fato. Depois de documentada a diligência, passa-se da investigação à instrução, que pode se dar mediante atos transitórios ou repetíveis, e, portanto, suscetíveis de renovação, ou definitivos e irrepetíveis, os quais se incorporam ao bojo de eventual ação penal. E essa definitividade exige participação defensiva, o que nem sempre foi nítido.

Além disso, inúmeros atos que acarretam restrição a direitos constitucionalmente assegurados podem ser tomados em desfavor do investigado, tais como os decretos de prisão preventiva e temporária, busca pessoal e domiciliar, apreensão, decretação de arresto e sequestro de bens, afastamento dos sigilos fiscal e bancário, interceptação das comunicações telefônicas, determinação do indiciamento, e, pior, ao fim, possível formalização da acusação, com o início da segunda fase da persecução penal, por meio da decisão de recebimento da denúncia ou queixa.

A rigor, os elementos produzidos em inquérito policial destinam-se a convencer quanto à viabilidade ou não da ação penal ou medida consensual, como acordo de não persecução penal, ou quanto às condições necessárias para a decretação de qualquer medida ou provimento cautelar no curso da investigação preliminar. Deve-se, por isso, também produzir provas em favor do suspeito ou do indiciado.

4. Extensão do direito de defesa assegurado na Constituição da República

O direito de defesa sempre veio consagrado nas Constituições brasileiras, desde 1824. A Constituição da República de 1988, ampliando as redações anteriores, assegurou, no artigo 5º, inciso LV, que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Ao se referir a acusados em geral, a Constituição da República reconhece que há pelo menos duas espécies de acusados (o restrito e o amplo, ou o formal e o informal). A expressão engloba toda sorte de acusados, em juízo ou fora dele, abrangendo, então, o investigado, o indiciado, o acusado e o condenado, em seus diferentes graus de incriminação.

No inquérito policial já há acusação, em sentido amplo, entendida como afirmação ou atribuição de ato ou fato a pessoa autora, coatora

ou partícipe, em diversos atos como na prisão em flagrante delito, na nota de culpa, no boletim de ocorrência de autoria conhecida, no requerimento, requisição e na portaria de instauração do inquérito policial, ou, ainda, no indiciamento realizado pela autoridade policial¹, bem como nos diversos provimentos e medidas cautelares, determinados e realizados nessa primeira fase da persecução penal.

O dispositivo constitucional permite concluir que não se admite mais persecução penal preparatória ou prévia unilateral, não se admitem instruções secretas ou interrogatórios sob coação. Não se pode excluir a presença do defensor, indispensável.

Por isso, o exercício do direito de defesa, eficaz e tempestivo, deve se iniciar no inquérito policial, permitindo-se então a defesa integral, contínua e unitária. Há de se garantir ao investigado em inquérito policial o exercício do direito de defesa, possibilitando a ele o direito de conhecimento do teor do inquérito policial, de contraposição a todas as acusações, com a assistência de advogado, com a possibilidade de manter-se silente e a admissibilidade de produção das provas por ele requeridas.

5. Direito de defesa no inquérito policial: da negação ao reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal

Como dito acima, durante mais de cinquenta anos o Direito brasileiro conviveu com a crença infundada de que o inquérito policial não passava de peça administrativa, meramente informativa, que ostentava unicamente atos de investigação.

Em consequência, negava-se ao indiciado — ou informalmente acusado — o exercício do direito de defesa nessa fase da persecução penal, mantendo-se o acusado alheio aos atos praticados no curso do inquérito.

É certo que o sigilo, característico do inquérito policial e previsto no art. 20 do Código de Processo Penal, serve à investigação do fato aparentemente criminoso e, ao mesmo tempo, tende a preservar a intimidade, a vida privada, a imagem e a honra das pessoas envolvidas na apuração e a prevenir o sensacionalismo. Mas esse mesmo sigilo não pode ser oposto ao indiciado, ou suspeito, nem ao defensor, sobretudo no que se refere aos atos instrutórios.

Determinadas diligências devem ser mesmo sigilosas, sob risco de comprometimento do seu bom sucesso. Se o sigilo é aí necessário à apuração e à atividade instrutória, a formalização documental do resultado dessa atividade, todavia não pode ser subtraída ao indiciado nem a seu defensor, porque já cessada a causa do sigilo.

Assim, pode-se guardar sigilo somente quanto a deliberação e prática de atos de investigação. À luz da Constituição da República, que garante aos acusados, aí incluídos o investigado e o indiciado, o direito de defesa, os atos de instrução, documentação dos elementos colhidos na investigação, devem estar acessíveis ao acusado e seu defensor.

Se o sigilo atinge a defesa, tolhe seu exercício. Nesse sentido, passou-se há menos de vinte anos por momento de inflexão na jurisprudência no que toca a esse tema: depois de firmar entendimento que permitiu acesso do investigado aos autos do inquérito policial, no HC 82.354 (Brasil, 2004), e em inúmeros outros casos que se seguiram a partir daí (Brasil, 2006a, 2006b, 2007, dentre outros), o Supremo Tribunal Federal, em 2 de fevereiro de 2009, editou a Súmula Vinculante 14, cujo enunciado assegura que

[...] é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa (Brasil, 2009).

Carregado de atos definitivos, que não mais se repetem no correr da persecução penal, o inquérito policial guarda importância que

reclama, em benefício do acusado, em favor de sua liberdade e da própria sociedade, o exercício do direito de defesa desde o início do inquérito policial, assegurando-se a ciência e a participação defensiva do acusado nessa fase. Podendo conhecer o teor do inquérito policial, opor-se aos elementos de informação, oferecendo sua versão acerca dos fatos apurados, fazer-se acompanhar sempre por defensor, para solicitar a produção de diligências em seu favor, e, principalmente, ciente de seus direitos constitucionais e podendo exercê-los desde logo, o acusado e também o sistema de justiça criminal só têm a ganhar. Ele, por cuidar de afastar possível acusação formal; a justiça, por se precaver melhor contra acusações infundadas.

6. Avanços normativos e práticos na concretização do acesso aos autos como pressuposto do exercício do direito de defesa na etapa preliminar da persecução penal

Justamente por ser a investigação etapa importante para a obtenção de elementos de informação, o investigado deve contar com assistência de defensor já nessa fase preliminar, preparando adequada e tempestivamente sua defesa, substancial, de conteúdo.

O direito de acesso aos autos, garantido pela Súmula Vinculante 14, assegura a premissa necessária para o exercício do direito de defesa, que é a ciência do conteúdo da apuração preliminar. De lá para cá, outros avanços, em termos normativos, foram se consolidado, atribuindo importância a fase preliminar.

6.1. Estatuto da OAB, Lei de Abuso de Autoridade, Lei Anticrime

O Estatuto da OAB — Lei 8.906/2004 — já preceituava, no artigo 7º, inciso XIV, que é direito do advogado examinar, em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontados. Dessa forma, quem dirigia atos da primeira fase da persecução não poderia vedar ao defensor do acusado vista dos autos, para tomar apontamentos ou para extrair cópias.

Reforma promovida pela Lei 13.245/2016 no Estatuto da OAB incorporou o enunciado da Súmula Vinculante 14 ao texto legal, atualizando o disposto no artigo 7º, inciso XIV, para prever que é direito do advogado

examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital (Brasil, 2004).

O dispositivo é complementado pelo § 11 do mesmo artigo 7º, que prevê que a autoridade policial poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências.

O Estatuto também prevê, no artigo 7º, § 12, que a inobservância ao direito de acesso aos autos, o fornecimento incompleto de autos ou o fornecimento de autos em que houve a retirada de peças já incluídas no caderno investigativo implica responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício da defesa, sem prejuízo do direito subjetivo do advogado de requerer acesso aos autos ao juiz competente.

Nesse sentido, a Lei de Abuso de Autoridade – Lei 13.869/2019 – prevê, no artigo 32, que constitui crime de abuso de autoridade:

negar ao interessado, seu defensor ou advogado acesso aos autos de investigação preliminar, ao termo circunstanciado, ao inquérito ou a qualquer outro procedimento investigatório de infração penal, civil ou administrativa, assim como impedir a obtenção de cópias, ressalvado o acesso a peças relativas a diligências em curso, ou que indiquem a realização de diligências futuras, cujo sigilo seja imprescindível (Brasil, 2019).

Além disso, a Lei Anticrime – Lei 13.964/2019 – inseriu no Código de Processo Penal o artigo 14-A, que trata da constituição de defesa técnica para os agentes estatais de órgãos de segurança pública que figurem como investigados na apuração de fatos envolvendo uso de força letal no exercício funcional.

Esse dispositivo expande o espaço de atuação defensiva, ao estabelecer que o indivíduo, citado da instauração do procedimento, possa constituir defensor ou lhe será nomeado defensor dativo.

Se é importante a previsão de assistência por defensor, constituído ou público, a lei teria andado melhor se previsse essa assistência a todo e qualquer investigado, não havendo justificativa para tratamento iníquo e não isonômico, unicamente em favor de agentes de segurança pública.

O conhecimento do teor dos autos é premissa necessária ao exercício do direito de defesa. O acusado não pode ser mantido alheio a todo o procedimento prévio. Nada obsta a que, ciente do estado desta primeira fase da persecução, a defesa, diligente, cuide de afastar a suspeita que recai sobre o acusado, concorrendo para o escopo último das investigações e evitando acusação formal, em juízo. É, antes, até recomendável que se amplie o campo de busca de elementos para elucidação dos fatos, porque novos dados podem ser trazidos aos autos pela defesa da pessoa que se encontra na posição de suspeito.

6.2. Digitalização do procedimento

O inquérito policial eletrônico, seguindo a tendência do processo eletrônico, elimina o os autos físicos e em papel, desmaterializando os registros e documentos relacionados à investigação criminal. Já implementado em diversos Estados, não conta ainda com legislação de âmbito nacional que uniformize os diferentes modelos de acompanhamento da apuração preliminar *on-line* e em tempo real². Realizado de forma eletrônica, desde o registro da notícia de crime até a documentação dos atos de investigação e relatório final, tudo em tempo real, o inquérito policial facilita o acesso e conhecimento simultâneo da documentação da diligência e do seu conteúdo pela polícia, pelo Ministério Público, pelo Poder Judiciário e pela defesa.

Essa forma de atuação, registro e trâmite potencializa a publicidade e permite facilidade de acesso à integralidade de atos e autos, sem necessidade de deslocamento físico à Delegacia de Polícia, potencializando a transparência e o controle, por todos os envolvidos, do trâmite do inquérito policial. Por isso, o inquérito policial eletrônico é considerado fator que permite incremento da atividade defensiva nesta etapa procedimental.

7. Obstáculos ainda a vencer

Garantida a premissa de exercício do direito de defesa, por meio de acesso aos autos do procedimento preliminar, tem-se que é necessário assegurar que a defesa, conhecendo os fatos investigados, possa ter assegurada a sua participação na persecução penal preliminar ou até mesmo conduzir, de forma independente, investigação defensiva.

7.1. Lei 12.850/13, meios ocultos de obtenção de prova e exercício postergado e tardio do direito de defesa

As características da criminalidade organizada, que é contínua e não tem vítima direta, dentre outras especificidades, representam desafios ao modelo tradicional de investigação preliminar, impelido a lançar mão de novos instrumentos de persecução penal.

A investigação das organizações criminosas utiliza-se dos chamados métodos ocultos de investigação ou meios excepcionais de obtenção de prova, secretos.

Não obstante a separação entre atos de investigação e instrução e a possibilidade de exercício do direito de defesa por meio da ciência dos autos a partir da documentação das diligências de investigação, tem-se que a adoção desmedida de métodos ocultos de investigação potencializa a fase sigilosa, furtando do controle da defesa a primeira fase da persecução penal.

A Lei 12.850/13 prevê, no artigo 3º, que em qualquer fase da persecução penal serão permitidos colaboração premiada, captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, ação controlada, acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais, interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal e infiltração, por policiais, em atividade de investigação.

O artigo 23 estabelece que a autoridade policial poderá decretar sigilo para garantia da celeridade e eficácia das diligências investigatórias, mas garante a publicidade interna, permitindo que o defensor do representado tenha acesso aos elementos de prova, ressalvados os referentes às diligências em andamento. E justamente aqui reside a dificuldade de conciliação da adoção de medidas excepcionais e o direito de defesa, porque os meios de obtenção de prova referidos na lei desenvolvem-se sob estrito sigilo, em razão do fator surpresa necessário ao seu sucesso.

No tocante à colaboração premiada, o artigo 7º, § 3º, da Lei estabelece que o acordo de colaboração e os depoimentos do colaborador serão mantidos em sigilo até o recebimento da denúncia ou da queixa-crime, sendo vedado ao magistrado decidir por sua publicidade em qualquer hipótese.

Há aqui dificuldade de ordem prática no tocante ao que seja o êxito das investigações mencionado no dispositivo, que, segundo a Lei, demandaria sigilo no curso do inquérito policial. Não é incomum que haja sobreposição de outras linhas de apuração de fatos correlatos ou até de outras pessoas envolvidas na organização criminosa. Ademais, mesmo depois de afastado o problema do acesso, permanece a questão do direito de defesa: os delatados devem ter assegurado o direito de ser ouvidos ainda na fase preliminar e de produzir prova em seu favor, confrontando o colaborador e afastando o risco de acusações falsas, precipitadas ou até temerárias.

No que se refere à interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas e à captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, a disciplina da Lei 9.296/96 tensiona o exercício do direito de defesa, principalmente no tocante ao acesso à integralidade do material e sua disponibilidade para a defesa, a fim de permitir o controle acerca da autenticidade e integridade do material, bem como para verificação dos diálogos, muitas vezes descontextualizados na acusação.

Com relação à ação controlada, prevista no artigo 18 da Lei 12.850/13, trata-se de medida absolutamente sigilosa, que prorroga indefinidamente o sigilo interno dos autos do inquérito policial. Ainda que não se possa limitar temporalmente a atividade com critérios objetivos rígidos, seria necessário promover alguma forma de controle periódico, que pudesse depois se tornar acessível ao

acusado e ao seu defensor, para fins de verificação de excessos ou impertinência da medida.

A infiltração de agentes policiais constitui meio subsidiário de obtenção de prova disciplinado pelo artigo 10 e seguintes da Lei 12.850/13, também pautado pelo sigilo. As informações de operação de infiltração somente serão disponibilizadas à defesa depois do oferecimento da denúncia. Não há, assim, previsão de acesso durante o inquérito policial, mesmo que já finda a diligência, o que tensiona o direito de defesa.

Por fim, no que toca ao acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais e o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, são medidas que, a rigor, não dependem de manutenção de sigilo. A informação que se pretende obter com tais medidas é pré-existente, já documentada e constituída e está em poder de outra pessoa, que não o investigado. Por isso, a surpresa não lhes é um elemento essencial.

Tais medidas não precisariam de sigilo na sua decretação e execução. Mais: porque a surpresa não é elemento de sucesso da medida, esses meios de obtenção de prova que independem do fator surpresa poderiam comportar manifestação prévia da defesa, antes mesmo da análise judicial do seu cabimento, diante do pedido formulado pelo Ministério Público ou Delegado de Polícia no curso do inquérito policial.

Não obstante tal constatação, a prática mostra que no mais das vezes também estes meios de obtenção de prova são tomados sem a prévia ciência do investigado, sob alegação de que o seu conhecimento prévio poderia revelar a existência de investigação em curso e, assim, comprometer a eficácia de outras medidas.

7.2. Proposição, admissão e produção de meios de prova

Vencida a questão do acesso aos autos, premissa para exercício do direito de defesa, tem-se que a proposição, admissão e produção de prova no curso do inquérito policial, a pedido da defesa, ainda é um desafio.

O artigo 14 do Código de Processo Penal consagra, na legislação ordinária, o direito de defesa no inquérito policial, atribuindo ao indiciado e ao ofendido o direito de requerer, à autoridade policial, a realização de diligências. A defesa pode requerer a realização de perícias e formular quesitos, pedir esclarecimentos ou complementação de laudos já apresentados, pode indicar testemunhas e contestar todas as ouvidas, requerer a juntada de documentos, bem como impugnar a autenticidade de documentos já juntados aos autos. Isso trabalha em favor da defesa e do próprio procedimento, porque informações importantes podem ser precocemente levadas aos autos, mudando ou corrigindo o curso de investigações unilaterais.

Os pedidos formulados, porém, não podem ter sua admissibilidade submetida totalmente à discricionariedade da autoridade policial. Releitura do disposto no artigo 14 do Código de Processo Penal, face à garantia constitucional da ampla defesa, permite concluir que a autoridade não pode mais deixar de realizar diligências importantes à elucidação dos fatos, desde que pertinentes. O pedido pode ser indeferido se for inviável, sob o ponto de vista fático, ou inútil. Em recusando o pedido de diligências, tal ato deve ser devidamente fundamentado, nos termos do artigo 93, inciso IX, da Constituição da República, a fim de se analisar o motivo e a motivação da recusa.

Ademais, deve-se permitir ao acusado participação ativa na primeira fase da persecução penal, como forma de se assegurar a plenitude de sua defesa. O defensor, portanto, deve intervir na prática de todos os atos instrutórios do inquérito policial, pouco importando se a diligência tenha sido ou não proposta por ele, e ainda que

tal participação se dê de forma diferida, a fim de não inviabilizar a prática de atos impostergáveis.

7.3. Desafios da investigação defensiva

Além da própria participação defensiva em investigação pública oficial, enfrenta-se também o desafio da efetiva implementação e regulamentação em lei federal da atividade de investigação defensiva, com vistas a assegurar a paridade de armas.

Hoje, a investigação não pode ser reduzida a inquérito policial, produzido pela polícia judiciária, tendo em conta que é permitida a investigação direta pelo Ministério Público e investigações decorrentes de procedimentos sancionatórios.

Entende-se que a investigação defensiva é espécie então desse gênero mais amplo de investigação criminal, tanto por meio do inquérito defensivo — realizado em favor do imputado — como do inquérito auxiliar, em favor da vítima. A investigação defensiva permite ao acusado contribuir com esclarecimento dos fatos, identificar fontes de prova e até avaliar, de maneira mais sofisticada, sua estratégia defensiva, inclusive qualificando-o para decidir sobre a opção de seguir por meios consensuais, como acordo de colaboração premiada.

Já há normas de ordenamento brasileiro que orientam a investigação investigada, como o Provimento 188/2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e o Código Deontológico de Boas Práticas da Investigação Defensiva, da Abracrim, mas ajustes mais significativos seriam importantes, principalmente no Código de Processo Penal e nas leis que regem a advocacia e Defensoria Pública, para consolidar a prática da investigação defensiva no Brasil.

8. Considerações finais

O direito de defesa deve ser assegurado ao acusado desde a fase preliminar da apuração penal. Se lhe for negada, *vg.*, a possibilidade

de acesso aos autos, resta-lhe, então, como se estranho fosse, aguardar, sem que nenhuma prova seja requerida e/ou produzida em seu favor, a conclusão da apuração preliminar, procedimento que pode se estender por anos, e depois ainda a remessa dos autos a juízo para poder, enfim, contar com a assistência profissional de advogado, já na segunda fase da persecução penal. Sua defesa efetiva, contudo, porque tardia, poderá já estar comprometida.

É preciso, pois, garantir a defesa efetiva do acusado quando ela realmente importa, assegurando-se, de maneira efetiva, o exercício do direito de defesa. Não só a autodefesa, insuficiente, mas a assistência de defensor legalmente habilitado, zeloso e competente na real defesa dos interesses de sua liberdade jurídica.

A atuação da defesa é relevante para solicitar a produção de provas, em favor do investigado ou indiciado, de modo a garantir, posteriormente, juízo de acusação justo e equilibrado.

Tudo isso, por certo, diz-se em favor da proteção efetiva da liberdade, mas não só. Do ponto de vista da sociedade, o exercício do direito de defesa pode contribuir para que não sejam aforadas acusações infundadas, apressadas, temerárias e até caluniosas, ou, ainda, acusações genéricas, fadadas ao fracasso.

Pelas mesmas razões, mas em plano secundário, em decorrência da provável redução do número de ações em andamento, advinda do afastamento de acusações desnecessárias, pode-se dizer que o Poder Judiciário também poderá funcionar de forma mais eficaz.

Nesses argumentos, reside, pois, a importância do direito de defesa já na primeira fase da persecução penal, sendo premissa indispensável ao seu exercício ter assegurada a possibilidade de investigado ou indiciado, bem como seu defensor, ter acesso aos autos de inquérito policial, bem como posteriormente requerer diligências ou realizá-las por conta própria, em atividade de investigação defensiva.

Informações adicionais e declarações da autora (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: a autora confirma que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** somente a pesquisadora que cumpre o requisito de autoria deste artigo é listada como autora. **Declaração de**

Como citar (ABNT Brasil)

SAAD, M. Direito de defesa na etapa preliminar da apuração penal: reconhecimento, novas perspectivas e desafios. **Boletim IBCCRIM**, São

originalidade: a autora garante que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; ela também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Paulo, v. 32, n. 381, p. 13-17, 2024. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1341. Acesso em: 1 ago. 2024.

Notas

¹ Indiciamento foi em parte disciplinado pela Lei 12.830/2013, que depende de ato devidamente fundamentado da autoridade policial, visto como um marco a partir do qual uma série de deveres e direitos — notadamente o direito de defesa — pode e deve ser exercida.

² PLS 158/2022 propõe alteração do artigo 9º do Código de Processo Penal, para estabelecer que o inquérito policial seja eletrônico e armazenado em sistema informatizado único de âmbito nacional.

Referências

BRASIL. *Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm. Acesso em: 14 jul. 2024.

BRASIL. *Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019*. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/13869.htm. Acesso em: 14 jul. 2024.

BRASIL. *Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994*. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia

e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília: Presidência da República, 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm. Acesso em: 14 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 82.354*, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 24.09.2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 87.827*, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 23.06.2006b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 88.190*, Rel. Min. Cezar Peulso, DJ de 06.10.2006a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 92.331*, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 31.07.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante 14*. Brasília: STF, 2009. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1230>. Acesso em: 14 jul. 2024.

Autora convidada

PALAVRA DA VÍTIMA E CRIAÇÃO DE PRESUNÇÃO NEGATIVA: MITIGAÇÃO DA DEFESA EM CASOS DE CRIME CONTRA A MULHER NO AMBIENTE DOMÉSTICO

THE VICTIM'S WORD AND THE CREATION OF A NEGATIVE PRESUMPTION: MITIGATING THE DEFENSE IN CASES OF CRIME AGAINST WOMEN IN THE DOMESTIC ENVIRONMENT

Alexandre Wunderlich¹  

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, IDP Brasília, Brasília/DF
alexandre.wunderlich@wunderlich.com.br

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.12709311>

Resumo: O artigo trata da jurisprudência majoritária nacional que valora com preponderância a palavra da vítima em casos de crimes praticados contra a mulher, sobretudo quando ocorridos no ambiente doméstico, situação em que geralmente não há presença de terceiros e o conjunto probatório é reduzido. O tema da valorização da palavra da vítima é enfrentado à luz do exercício do direito de defesa.

Palavras-chave: criminal procedure; proof; victim's testimony; right of defense.

Abstract: The article deals with most of the national case law that gives precedence to the victim's word in cases of crimes committed against women, especially when they occur in the domestic environment, a situation in which there is generally no presence of third parties and the body of evidence is reduced. The issue of valuing the victim's word is addressed in the light of the exercise of the right of defense.

Keywords: criminal procedure; testimony; right of defense; crime against women.

1. Objeto

O propósito desta reflexão é o enfrentamento da jurisprudência que indica que a palavra da vítima em crimes contra a mulher deve preponderar sobre os demais elementos probatórios, sobretudo em casos ocorridos no ambiente doméstico, quando há dificuldade probatória. De outro lado, a construção pretoriana é tensionada à luz do processo penal de dimensão constitucional e do exercício do direito de defesa.

À evidência, o novo arcabouço legal protetivo da mulher fez crescer a atuação do sistema de justiça criminal. Em nosso sentir, uma das consequências à demanda é justamente a consagração da preponderância da palavra da mulher-vítima, tratada como elemento de definição; não só em crimes contra a integridade física e liberdade sexual, mas igualmente nas formas típicas de violências

psicológica, patrimonial e institucional. Em jeito de síntese, pretende-se problematizar o que está posto pela jurisprudência majoritária¹, que nos crimes domésticos a palavra da mulher-vítima deve se sobressair, uma supremacia sobre as demais provas e a versão apresentada pelo réu.

2. Conjunto normativo protetivo

Seguindo a ordem constitucional e o direito convencional, as últimas décadas foram marcadas por legislações protetivas da mulher. O País avançou na tutela de gênero², alcançando alto nível de normatividade e assegurando à mulher-vítima uma série de direitos — desde a Lei Maria da Penha até a mais recente proibição de revitimização trazida pela Lei Mariana Ferrer³.

¹ Doutor em Direito e Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor do Mestrado Profissional em Direito do IDP em Brasília/DF e Professor licenciado da PUCRS. Advogado. Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2789258322413679>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8090-631X>.

Fruto da legislação, hoje as partes e demais sujeitos processuais devem zelar pela integridade física e psicológica da vítima, sendo vedada, inclusive à defesa, qualquer manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração — é proibida a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofenda a dignidade da vítima ou de testemunhas.

3. Valorização da palavra da mulher-vítima

Naturalmente, as inovações normativas tiveram eco no Poder Judiciário — os crimes contra a mulher passaram a ser apurados e uma das formas encontradas pela jurisprudência para dar tratamento a eles, foi agregar à palavra da vítima uma especial valoração. Num primeiro momento, a preponderância da palavra da vítima serviu como ampliação de tutela, fundamentalmente com recurso às medidas judiciais protetivas de urgência. Depois, ao longo do tempo, consolidou-se a jurisprudência majoritária, que a palavra da vítima é prevalente, sobretudo nos crimes de âmbito doméstico, quando dificilmente haverá testemunha.

Ocorre que, uma ação penal — verificação processual possível da verdade de um determinado enunciado (Prado, 2024, p. 345) — não é amparada em uma só prova ou prova única, é conformada por um conjunto probatório que envolve o fato e a relação da vítima e do réu. E essa é justamente a questão-problema. Ao revés do exame percuciente do conjunto fático-probatório, com as valorizações devidas, toma-se a palavra da mulher-vítima como verdade e com preponderância, empurrando o ônus probatório ao réu. Evidentemente, o risco é a superavaliação, tornando-se o depoimento da vítima fonte-de-partida e de confirmação-destino para um juízo condenatório, o que consequentemente acarreta descrédito da versão do réu e rompimento da lógica processual da presunção de inocência.

Então, cumpre tensionar o entendimento que dá superioridade à palavra da mulher-vítima, ainda que a sua palavra seja, mais das vezes, replicada pela chamada rede de apoio, os genitores e os trabalhadores da área da saúde. Inclusive, porque há uma tendência de que essa atribuição valorativa especial à palavra da vítima possa suprir a eventual falta de prova técnica, como a ausência de laudo psiquiátrico, o que não impediria uma condenação pelo crime de violência psicológica contra a mulher, por exemplo. Além disso, o recurso à preponderância da palavra da vítima nos crimes praticados contra a mulher, acaba por simplificar o exame dos casos, pois o racional argumentativo é capaz de transformar um quadro probatório complexo numa simples e burocrática opção pelo juízo condenatório. Afinal, é mais fácil tomar em conta a palavra da vítima e deslocar o ônus probatório ao réu.

Contudo, no processo penal de conformidade constitucional, para além da palavra da vítima, é exigível um adicional probatório, justamente que infira a autenticidade do relato apresentado e que aponte contraposição ao depoimento do réu, acima de qualquer dúvida razoável. Por essa razão, o Julgador também deve investigar possibilidade de existência de vício na palavra da vítima — mágoa, ressentimento, encobertamento do verdadeiro autor, interesse patrimonial ou a simples vingança — e, mais, deve atentar para as falsas memórias, o vício de percepção do evento em seu nascedouro, pois a atenção e a compreensão do fato percebido são, em geral, incompletas e falhas⁴.

Para superar o atual quadro jurisprudencial, um caminho possível para o exame e a valoração da prova é indicado pelo Tribunal Supremo da Espanha (Ramírez Ortiz, 2020, p. 204), que estabeleceu indicadores eficazes na busca de um *standard* probatório adequado. Primeiro, exige-se a “credibilidade subjetiva”, que consiste na avaliação das características psíquicas da vítima (idade e/ou alguma incapacidade), das relações emocionais com o acusado e/ou a existência de interesses de outras naturezas (como a intenção de

proteger terceiros). Segundo, a “verissimilitude”, que compreende uma avaliação de coerência interna (lógica e plausível) e externa (unidade lógica dos dados objetivos) do relato da vítima. E terceiro, o critério “persistência no depoimento”, uma avaliação da coerência entre os vários depoimentos da mesma pessoa (ausência de modificações essenciais, de nebulosidades e de contradições).

Diante da crítica posta e da jurisprudência aqui retratada, a conclusão caminha no sentido de que os critérios — “credibilidade subjetiva”, “verissimilitude” e “persistência no depoimento” — podem ser utilizados como forma de trazer maior racionalidade probatória aos casos penais, especialmente de violência de gênero, em que o fato apurado geralmente ocorre às escondidas e consequentemente longe de testemunhas.

4. Risco de supervalorização e criação de presunção negativa

A questão-problema — o peso preponderante da palavra da mulher-vítima de crime de âmbito doméstico pela jurisprudência — deve ser examinada com extrema cautela, para que não ocorra supervalorização na prática forense. A prova excessivamente valorada tende a produzir o desprestígio das demais. No caso da palavra da vítima, a invocação de supremacia provoca inversão do ônus probatório, pois há transferência de carga, recaindo sobre o réu o dever de desconstrução, verdadeira inversão da lógica processual pela criação de uma presunção negativa.

Claro que é da versão apresentada pela vítima que a persecução penal se desenvolve, é a partir dela que tudo gira e que o Estado tenta reconstruir o enunciado fático proposto. Mas, como se disse, o depoimento da vítima pode ser fonte-de-partida, e não de prévia confirmação-de-destino. O sistema de concepção filosófico-jurídica e política garantista⁵ é compatível com a duplicidade de tutela, da vítima e do réu. Contudo no plano processual não pode haver hegemonia de palavra, nem mesmo é recomendada a supervalorização. E, uma vez instaurada dúvida sobre versões, a solução mais segura ainda caminha para contenção de eventual abuso pelo princípio humanitário do *in dubio pro reo* — e não o inverso.

5. Opinião

Ao final, o que a presente crítica à jurisprudência quer evitar é o excesso valorativo da prova e o prejulgamento de casos de crimes contra a mulher, fundamentalmente nas hipóteses ocorridas no ambiente doméstico, quando há pouco material probatório. Nesse particular aspecto, no ato de atribuir valor à prova, é imperativo convocar a jurisprudência a escutar o que diz a doutrina, que consagra os direitos da vítima e do réu. A revisão da jurisprudência passa pela necessária exigência de indicadores adicionais e de corroboração à palavra da vítima — depoimentos adicionais isentos, laudos técnicos, dados médicos e psicológicos ou outros indicativos que mostrem uma real alteração de comportamento da vítima, para citar alguns exemplos.

A jurisprudência adequada é aquela que indica que a palavra da vítima, embora relevante em crimes contra a mulher, deve ser examinada junto com os demais dados que compõem o conjunto fático-probatório. A prova deve ser uníssona, para que não deixe nenhuma dúvida acerca do fato e de sua autoria, tudo para que se tenha um resultado processual eticamente justo e aceitável. Se assim não ocorrer, se a prova não apontar com segurança a prática do crime, é caso de ser rechaçada, pois o Direito Processual Penal, como “campo do conhecimento que investiga as formas que as práticas de atribuição de reponsabilidade jurídico-penal tomam na sociedade” (Prado, 2024, p. 21), só produzirá uma punição legítima quando superado o estado de incerteza.

No tema investigado, a legislação protetiva da mulher trouxe a necessidade de pronta manifestação do Poder Judiciário — e isso, logicamente, não está errado. Há, portanto, uma acertada duplicidade de proteção, da vítima e do réu, o que é visto como avanço democrático no processo penal (Wunderlich, 2014, p. 133). Em nossa opinião, o equívoco está em dar à palavra da vítima uma relevância maior do que é juridicamente aceitável, seja pela condição de gênero ou pela dificuldade probatória, e justamente no âmbito do processo penal, que funciona como tutela do inocente. Se essa não for a leitura do fenômeno, o postulado básico do sistema processual acusatório, imposição de igualdade material e instrumental entre as partes, restará prejudicado pelo desequilíbrio na mensuração probatória. Nossa crítica à jurisprudência é em razão da inversão da lógica constitucional da inocência⁶, otimizando o exame da prova em favor da vítima, consequentemente presumindo falsa a alegação do réu. Há certa tolerância com o rebaixamento do

standard probatório e com a criação de uma presunção negativa em desfavor do réu, o que mitiga o exercício do direito de defesa. Equilíbrio é uma palavra pouco utilizada no direito penal de hoje, que é marcado pela falta de racionalidade legislativa e pelo populismo (Wunderlich; Cavalcanti, 2021). A jurisprudência aqui criticada é reflexo do atual contexto. Se não houver resistência, se a jurisprudência não evoluir, crescerá o denunciamento e a consequência natural será a condenação criminal duvidosa ou por presunção, escorada na prevalente palavra da vítima, ainda que desacompanhada de provas adicionais. A força que a jurisprudência tem empregado em favor da narrativa da vítima em casos de violência contra mulher — “firme narrativa da vítima, em juízo, noticiando o abuso” a “versão da vítima que assume especial relevância, sobrepondo-se à negativa do acusado, sobretudo quando nada há nos autos que indique inimizade ou interesse da ofendida em prejudicá-lo”, por exemplo —, cria uma espécie de mantra, que, quando evocado, nada parece ser capaz de desfazê-lo.

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: o autor confirma que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo.

Declaração de autoria: somente o pesquisador que cumpre o requisito de autoria deste artigo é listada como autor. **Declaração de originalidade:** o

autor garante que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; ele também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil)

WUNDERLICH, A. Palavra da vítima e criação de presunção negativa: mitigação da defesa em casos de crime contra a mulher no ambiente doméstico. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 32, n. 381, p. 18-20, 2024.

Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1343. Acesso em: 1 ago. 2024.

Notas

- 1 Serve de ponto de partida, a pesquisa de Hellen Luana de Souza e João Pedro Barione Ayrosa (2023), que analisa julgados do STJ e perquire quais seriam os necessários elementos adicionais à palavra da vítima: “[...] quais são essas ‘demais provas’ levadas em conta para considerar provado um enunciado fático?”, singularizados em três categorias: provas relacionadas à própria palavra da vítima, provas consistentes na palavra de terceiros e laudos físicos e psicológicos.
- 2 O CNJ estabeleceu a adoção de perspectiva de gênero nos julgamentos. A Resolução CNJ 492, de 17/03/2023, criou o Comitê de Acompanhamento e Capacitação sobre Julgamento com Perspectiva de Gênero no Poder Judiciário e o Comitê de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário.
- 3 Leis 11.314/2006 e 14.245/2021. “A tutela à integridade da mulher vítima de violência doméstica e familiar, na Lei 11.340/06, tem como um de seus nortes justamente a não revitimização da depoente, evitando sucessivas inquirições sobre o mesmo fato nos âmbitos criminal, cível e administrativo, bem como questionamentos sobre a vida privada”. “[...] especialmente no âmbito dos crimes de ordem sexual, ocupa-se de evitar o intencional enfoque, pelo agente público, à conduta da vítima, como possível forma de desvalor da sua narrativa, e de fonte de reprodução de estereótipos e preconceitos” (Moraes, 2023, p. 138).

Referências

- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1997.
- KAGUEIAMA, Paula Thieme. *Prova testemunhal no processo penal: um estudo sobre falsas memórias e mentiras*. São Paulo: Almedina, 2021.
- MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio. Direito ao confronto e depoimento especial. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 171, n. 28, p. 187-224, 2020.
- MATIDA, Janaína. O que deve significar o especial valor probatório da palavra da vítima nos crimes de gênero. *Trincheira Democracia*, v. 2, n. 3, 2019, p. 7-9.
- MORAES, Júlia Rödel de. Artigo 15-A, caput e §§ 1º e 2º. In: ALFLEN, P. (Org.). *Comentários à Lei de abuso de autoridade*: Lei n. 13.869/2019. Porto Alegre: CDS, 2023. p. 137-144.
- PRADO, Geraldo. *Curso de processo penal: fundamentos do sistema*. t. I. São Paulo: Marcial Pons, 2024.
- RAMÍREZ ORTIZ, José Luis. El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género. *Quaestio Facti: Revista Internacional sobre*

- 4 “Assim, a memória não é um fenômeno estático e perfeito, ao contrário: é ela um processo ativo, contínuo e dinâmico, sujeita a erros em todas as suas etapas de formação. A percepção do evento já é o nascedouro do problema, pois a atenção e a compreensão do fato percebido são, em geral, incompletas e falhas. Passa-se, então, a uma codificação e armazenamento sujeitos a perdas, transformações e interferências externas e internas. Por fim, a evocação é contaminada, seja pelo esquecimento, seja por associações com informações estranhas aos fatos ou pela exposição a perguntas sugestivas” (Kagueiama, 2021, p. 44).
- 5 O garantismo é um modelo de direito, no sentido de: Luigi Ferrajoli (1997, p. 893 *et seq.*).
- 6 Na mesma linha, é a advertência de Janaína Matida (2019, p. 9): “A afirmação de que a palavra da vítima tem especial valor nos crimes sexuais, sem que isso represente reais cuidados no contexto da produção de provas orais é, em realidade, uma afirmação vazia: por um lado, ela não se desdobra em medidas que representem empatia, proteção e respeito à vítima e, por outro, ela acaba servindo ao perverso efeito de se relativizar a garantia da presunção de inocência; tão cara às democracias. É preciso evitar essa inadequada interpretação do especial valor probatório da palavra da vítima visto como autorização à redução a pó da presunção de inocência”

- Razonamiento Probatorio*, Madrid, n. 1, p. 201-245, 2020. https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i0.22288
- SOUZA, Hellen; AYROSA, João Pedro Barione. O que existe além da palavra da vítima? A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a prova em crimes sexuais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 9, n. 3, p. 1421-1448, 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i3.852>
- WUNDERLICH, Alexandre. A Vítima no Processo Penal: impressões sobre o fracasso da Lei n. 9.099/95. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, n. 47, p. 233-269, 2004.
- WUNDERLICH, Alexandre; CAVALCANTI, Fabiane da Rosa. Populismo penal e descriminalização. In: VALENTE, M.; WUNDERLICH, A. (Coords.). *Direito e Liberdade: estudos em homenagem ao Prof. Nereu José Giacomolli*. São Paulo: Almedina, 2021. p. 131-150.

Autor convidado

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DIRETA PELA DEFESA E DEFENSORIA PÚBLICA: A CONTRIBUIÇÃO INSTITUCIONAL PARA A PARIDADE DE ARMAS

CRIMINAL DEFENSE INVESTIGATION AND THE PUBLIC DEFENDER'S OFFICE: AN INSTITUTIONAL CONTRIBUTION TO EQUALITY OF ARMS

Franklyn Roger Alves Silva¹  

Universidade Candido Mendes; Defensoria Pública
do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/RJ
franklyn.roger@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.12710046>

Resumo: O propósito deste breve ensaio é contextualizar a atuação institucional da Defensoria Pública brasileira na consolidação da investigação criminal direta pela defesa.

Palavras-chave: produção probatória defensiva; Defensoria Pública; assistência jurídica.

Abstract: The purpose of this brief essay is to contextualize the institutional role of the Brazilian Public Defender's Office in consolidating direct criminal investigation by the defense.

Keywords: defense evidence; Public Defender's Office; legal aid.

1. Introdução

Desde o ano de 2018, com a edição do Provimento 188 pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e a iniciativa de duas Defensorias Públicas — **Rio de Janeiro** (2022) e **Ceará** (2023) — em também editar os atos normativos necessários ao regramento da atividade de busca de fontes de prova, a investigação criminal direta pela defesa ganha novos contornos no ordenamento jurídico brasileiro.

Apesar da ausência de norma legal em torno do tema e de precedente do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, cresce a doutrina e a atuação profissional de advogados e membros da Defensoria Pública de modo a elevar o debate probatório, por meio de iniciativas na busca de fontes de informação.

A expressão “investigação criminal” compreende um conceito amplo e representa qualquer atividade procedimentalizada ou conjunto de atos desempenhados para busca de elementos de formação do convencimento — ou fontes de prova — a respeito de fatos delituosos, dentro ou fora de uma relação processual e que não possui um único sujeito determinado para a sua condução.

Quando se menciona a investigação criminal direta pela defesa ou a investigação defensiva é necessário assim encará-la como uma atividade de coleta de elementos de iniciativa do advogado ou da Defensoria Pública, com objetivos e metodologia específicas, conforme regras deontológicas e transparência, com vistas a assegurar a efetiva paridade de armas na relação processual.

Neste estudo, apontam-se brevemente os dois principais eixos da investigação criminal defensiva e como a Defensoria Pública, em um futuro não tão distante, pode se tornar um órgão de suporte defensivo na atividade investigativa.

2. Investigação criminal direta pela defesa em favor do imputado

Quando se fala em investigação defensiva, o eixo mais tradicional da atividade se concentra na atuação em favor da busca de fontes de prova em favor dos imputados. A Convenção Americana de Direitos Humanos traz em seu art. 8º, itens 1 e 2, “b”, “c”, “d”, “e” e “f”, um rol de garantias judiciais mínimas para o acusado, de onde se extrai o direito à atividade probatória.

¹ Doutor e Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Professor Auxiliar na Universidade Cândido Mendes (Centro). Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7268807770125558>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-4863-3507>.

A menção convencional a defesa técnica, tempo e meios para a preparação da defesa compreende não só a presença de um defensor com capacidade para exercer a representação na fase investigatória e no processo penal, mas também a disponibilização dos recursos e meios de provas admitidos no ordenamento jurídico.

De igual modo, a ampla defesa em suas vertentes da autodefesa e da defesa técnica consolida um segundo fundamento normativo apto a autorizar a busca e a produção das fontes de prova que possam ter utilidade ao caso concreto.

É inegável que, quanto maior a presença da defesa na coleta de elementos de informação, com maior qualidade, a atividade será desempenhada e melhor será o resultado do processo no acerto do fato.

Nada mais salutar que promover a imediação defensiva, ou seja, a maior aproximação do defensor na arrecadação de elementos de prova dos fatos, seja pela postura ativa no inquérito policial, seja pela sua própria iniciativa de pesquisa e coleta de fontes de prova.

Com uma visão mais ampla dos elementos favoráveis e desfavoráveis à elucidação do fato criminoso, uma defesa escorada na lealdade processual pode melhor orientar o seu constituinte a respeito do seu comportamento na relação processual.

Dentre seus diversos escopos, a investigação defensiva se presta a nortear a coleta de elementos que forneçam a construção de teses defensivas; o favorecimento à aceitação dessas teses; a formação de um percurso defensivo no processo quando o agente tenha responsabilidade pelo fato praticado; ilustrar a percepção da defesa quanto à oportunidade e à conveniência na aceitação de institutos despenalizadores; antecipar a visualização de futuras colidências de defesa entre acusados; refutar a validade de provas produzidas pela acusação.

A investigação defensiva pode se desenvolver em qualquer momento da persecução penal, desde a fase pré-processual até após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Caberá ao profissional responsável pela defesa realizar uma série de atos capazes de buscar fontes de prova que atendam aos interesses de estratégia defensiva, a exemplo da colheita de declarações de testemunhas; exames no local e objetos do crime; contraprova pericial; busca de dados em fontes abertas e tantas outras diligências que possam desdobrar resultados favoráveis.

Naturalmente não se trata de uma atividade fácil de realização, primeiro pela construção de um perfil defensivo estático, qualificado pela resistência à pretensão. Segundo, porque à defesa não deve recair ônus probatório para formação da culpa, o que significa dizer que a atividade investigativa defensiva não terá o condão de promover uma inversão de ônus probatório.

3. Investigação criminal direta pela defesa em favor da vítima

Se, como visto no tópico anterior, há uma série de predicados normativos aptos a justificar a atuação da defesa na busca de fontes de prova, a investigação criminal em seu viés acusatório não pode ser enxergada apenas sob o olhar da Polícia Judiciária e do Ministério Público.

No julgamento do caso Favela Nova Brasília vs. Brasil, a **Corte IDH** (2017, p. 79) determinou medida de cunho reparatório, sob o viés de modificação legislativa para que:

329. [...] Levando isso em conta e em atenção à sua jurisprudência sobre a participação das vítimas em todas as fases de investigação e do processo penal, a Corte determina que o Estado adote as medidas legislativas, ou de outra natureza, necessárias para permitir que as vítimas de delitos ou seus familiares participem de maneira formal e efetiva da investigação criminal realizada pela polícia ou

pelo Ministério Público, sem prejuízo da necessidade de reserva legal ou confidencialidade desses procedimentos.

De igual maneira, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RMS 70.411, em caso envolvendo a apuração da morte de Marielle Franco e Anderson Gomes, assegurou aos representantes das vítimas o direito de acompanhar o andamento das investigações, reforçando a necessidade de maior participação e o acesso das vítimas às fases preliminares do procedimento penal¹ (**Brasil**, 2023, p. 3).

Essas decisões propõem uma remodelação do papel da vítima no processo penal brasileiro, o que implica admitir que ela, por meio de advogados ou da Defensoria Pública, possa também, à luz da paridade de armas, desenvolver atos próprios de investigação criminal e colaborar com as agências estatais para a elucidação do fato.

Não se pode olvidar que a vítima, além de atuar como assistente de acusação, pode assumir a titularidade da ação penal nos casos previstos no Código de Processo Penal (ação penal privada propriamente dita e subsidiária da pública). Nesse contexto, advogado ou Defensor Público podem exercer uma investigação de viés acusatório.

Seria, então, uma espécie de investigação na defesa de interesses da vítima, incrementando o seu papel na relação penal, ao participar do inquérito policial e realizar diligências para busca de fontes de prova, evitando a impunidade em crimes de menor complexidade, com o necessário protagonismo que a jurisprudência anseia.

4. A Defensoria Pública enquanto órgão de suporte defensivo

A partir do momento em que imputado e vítima são creditados a realizar atos de investigação para apuração do fato delituoso, nada mais justo do que lhes garantir os meios necessários para o desempenho dessas atividades. É por essa razão que se torna crucial compreender o papel investigativo da Defensoria Pública, o seu encargo de suporte a esses sujeitos, mesmo quando não patrocinados pela instituição.

Trata-se de uma nova concepção da instituição pública enquanto um organismo de suporte defensivo. Não se trata, porém, de uma moderna construção do perfil de atuação, visto que a doutrina estrangeira desde o século XIX, a exemplo dos estudos de **Bentham** (1828, p. 109-111) e **Gaetano Filangieri** (1872, p. 184), já demandava a figura de um órgão de defesa para atuar em favor dos necessitados e que também interviesse nas demais causas penais, ainda que não fosse o seu patrocínio requisitado pelo imputado, com o fim de conferir maior aptidão probatória.

Modernamente, essa concepção orgânica é idealizada pelo sistema jurídico argentino, conforme explicitado por **Nicolás Omar Vargas** (2020, p. 342) e defendida por **Luigi Ferrajoli** (2006, p. 565-566)² ao afirmar:

Naturalmente, “defesa técnica obrigatória” não quer dizer que a assistência de um advogado dotado de capacidade profissional é uma obrigação para o imputado, e sim que é um direito seu, a que ele pode livremente renunciar, restando firme a obrigação do Estado de assegurá-la gratuitamente se o imputado não puder pagar. Quanto à igualdade de poderes, é claro que ela supõe que a acusação pública esteja despojada de qualquer poder sobre o imputado, sendo todos os poderes de uma parte sobre a outra “letais às liberdades civis”, mas exigiria também, segundo as indicações iluministas recordadas no parágrafo 40.3, a defesa pública de um magistrado, apoiada pela defesa profissional do defensor privado, subordinada às suas estratégias defensivas, mas dotada dos mesmos poderes de investigação e funções do Ministério Público.

Em terras brasileiras, **Berenice Giannella** (2002, p. 139-140) faz alguns registros sobre a importância do órgão de suporte defensivo com participação mais intensa na jurisdição penal:

A ideia retoma o conceito exposto por Carrara, quando defendia a posição do defensor como mandatário da sociedade na defesa da inocência. Segundo o autor, a instituição do advogado dos pobres deveria existir não apenas para defendê-los no debate oral, mas para funcionar como um tribunal da defesa, constituído como uma magistratura permanente, destinada a garantir a liberdade civil dos cidadãos desde os primeiros momentos, em que surge contra eles o perigo de um processo criminal. Esse tribunal teria também poder de vigilância sobre o procedimento do Ministério Público na persecução dos delinquentes e proteção da inocência, a ele competindo requerer a liberdade dos detidos e reunir provas a favor do acusado. O Ministério Público da defesa teria o condão de colaborar para a efetivação de uma investigação que, também, procurasse por provas a serem produzidas em favor do indiciado e/ou acusado, diminuindo a diferença técnica entre a defesa particular e a pública. Com efeito, a defesa exercida por advogado particular sob este aspecto tende a ser mais efetiva, na medida em que, dispondo de recursos fornecidos pelo próprio indiciado/ acusado, pode o advogado diligenciar na busca de elementos ou provas, que possam servir para inocentar seu cliente ou mesmo diminuir a sanção a lhe ser aplicada, na exata medida de sua culpabilidade.

Fora do plano teórico e na perspectiva prática, o Sistema Nacional de Defensoria Pública na Colômbia é um bom exemplo do que se expõe, ao exercer o papel de órgão de suporte defensivo, já que

sua Unidade Operativa de Investigação Criminal pode prestar serviços aos advogados particulares que assim solicitarem, mediante remuneração a ser tabelada pela instituição, em matéria de provas científicas:

Uma inovação do SNPD colombiano está em contar com um corpo de investigação criminal. A Lei 941 de 2005 criou a Unidade Operativa de Investigação Criminal (UOIC), cujo objetivo é apoiar os trabalhos de defesa pública por meio da coleta de material probatório e da prestação de conceitos técnicos-científicos.

No caso da defesa particular, a lei estabelece que a Defensoria do Povo tem o poder “de regulamentar a remuneração dos serviços que possam prestar e cobrar a usuários e advogados particulares que o solicitarem” (tradução nossa), de tal maneira que a defesa particular poderia usar os serviços de investigação da pública. Contudo, na prática, os funcionários do SNPD argumentam que, em razão de a Defensoria do Povo não ter feito uso de seu poder de regulamentar a cobrança desses serviços, não podem oferecer os serviços de investigação à defesa particular; enquanto essa regulamentação não existir, não é possível justificar o uso do recurso público para benefício privado. Em consequência, o trabalho da UOIC atualmente somente beneficia o trabalho da defesa pública (**Binder; Cape; Namoradze**, 2016, p. 274).

Muito ainda precisa ser construído internamente na Defensoria Pública, mas os referenciais teóricos são suficientes para demonstrar o seu perfil de órgão de suporte defensivo e de guardião dos vulneráveis, à luz do art. 134 da Constituição da República Federativa do Brasil e do art. 4º, incisos XIV, XV e XVIII da Lei Complementar 80/94.

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: o autor confirma que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** somente o pesquisador que cumpre o requisito de autoria deste artigo é listada como autor. **Declaração de**

Como citar (ABNT Brasil)

SILVA, F. R. A. Investigação criminal direta pela defesa e Defensoria Pública: a contribuição institucional para a paridade de armas. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 32, n. 381, p. 21-23, 2024. Disponível em: [https://](https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1106)

originalidade: o autor garante que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; ele também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1106. Acesso em: 1 ago. 2024.

Notas

- ¹ Na Argentina, a Lei 24.946, de 11 de março de 1998, instituiu a Lei Orgânica do Ministério Público e seu art. 2º definiu o Ministério Público em dois eixos, o “Ministerio Público Fiscal” e o “Ministerio Público de la Defensa”, os respectivos correspondentes ao nosso Ministério Público e Defensoria Pública.
- ² “A segunda condição concerne à defesa, que deve ser dotada da mesma dignidade e dos mesmos poderes de investigação do Ministério Público. Uma igual equiparação só é possível se ao lado do defensor de confiança é instituído um defensor público, isto é, um magistrado destinado a funcionar como Ministério Público de Defesa, antagonista e paralelo ao Ministério

Público de Acusação. A instituição dessa ‘magistratura’ ou ‘tribuna de defesa’ como uma ordem separada tanto da judicante como da postulação foi proposta por Filangieri, por Bentham, e depois por Carrara e por Lucchini, sob o pressuposto de que a tutela dos inocentes e a refutação às provas de culpabilidade integram funções do interesse não menos público de punição dos culpados e da colheita de provas a cargo da acusação. É claro que apenas desse modo seria eliminada a disparidade institucional que de fato existe entre acusação e defesa, que confere ao processo, ainda mais que o segredo e que a escritura, caráter inquisitório” (Ferrajoli, 2006, p. 537).

Referências

BENTHAM, Jérémy. *De l'organisation judiciaire, et de la codification*. Paris: Librairie de Hector Bossange, 1828.

BINDER, Alberto; CAPE, Ed; NAMORADZE, Zaza. *Defesa criminal efetiva na América Latina*: resumo executivo e recomendações. São Paulo: ADC, 2016.

CEARÁ. *Instrução Normativa nº 136/2023*. Cria a Central de Investigação Defensiva da Defensoria Pública do Estado do Ceará (CIDEF). Fortaleza: DPECE, 2023. Disponível em: <https://www.defensoria.ce.def.br/wp-content/uploads/2023/06/Instru%C3%A7%C3%A3o-Normativa-136-2023-Investiga%C3%A7%C3%A3o-defensiva-republica%C3%A7%C3%A3o-ok1.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2024.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. São Paulo: RT, 2006.

FILANGIERI, Gaetano. *La scienza della legislazione*. v. 3. Florença: Successori le Monnier, 1872.

GIANNELLA, Berenice Maria. *Assistência jurídica no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RIO DE JANEIRO (Estado). Defensoria Pública Geral do Estado. *Resolução DPGERJ nº 1179 de 29 de setembro de 2022*. Rio de Janeiro: DPGERJ, 2022. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/legislacao/detalhes/20545-RESOLUCAO-DPGERJ-N-1179-DE-29-DE-SETEMBRO-DE-2022>. Acesso em: 4 jul. 2024.

VARGAS, Nicolás Omar. La producción de prueba de descargo por parte de la defensa en el proceso penal en Argentina durante la etapa de instrucción o investigación. Un análisis comparativo entre procesos inquisitivos y acusatorios. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 329-360, jan./abr. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.328>

Recebido em: 03 04 2024. Aprovado em: 13 06 2024. Última versão do autor: 08 07 2024.

DEFESA TÉCNICA, (IM)PARCIALIDADE DA ATUAÇÃO POLICIAL E VEDAÇÃO DE VIÉS DE CONFIRMAÇÃO

TECHNICAL DEFENSE, (IM)PARTIALITY OF POLICE ACTION AND PROHIBITION OF CONFIRMATION BIAS

Rafael Ferreira Filippin¹ 

Universidade Federal do Paraná, UFPR, Curitiba/PR
rafael.filippin@nfcadvogados.com.br

Anderson de Andrade Bichara² 

Comunidade de Polícias de Américas, AMERIPOL, Colômbia
andersonbichara@gmail.com

Agostinho Gomes Cascardo Junior³ 

Universidade Aberta, UAb, Portugal
agostinho.agcj@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.12786237>

Resumo: Este artigo aborda os obstáculos encontrados pela defesa técnica em investigações policiais, destacando a essencialidade da imparcialidade e da análise objetiva dos fatos. Utilizando a analogia da paralaxe, resalta-se a importância de múltiplas perspectivas para uma apuração fidedigna da verdade, alertando para os riscos do viés de confirmação que podem comprometer a justiça. Sublinha-se o papel crucial dos advogados de defesa na garantia de investigações justas e na proteção dos direitos dos acusados, enfatizando a necessidade de uma atuação ativa contra preconceitos e pela veracidade dos processos. Destaca-se ainda a importância do Provimento 188/2018 da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) sobre investigação defensiva e as ferramentas disponíveis para o advogado na defesa técnica de seu cliente, como provas periciais e atas notariais. O artigo conclama a uma reflexão sobre práticas investigativas equitativas, contribuindo para a integridade e equilíbrio do sistema de justiça criminal.

Palavras-chave: advocacia; imparcialidade investigativa; viés de confirmação; perspectivas; investigação equitativa.

Abstract: This article addresses the obstacles encountered by technical defense in police investigations, highlighting the essentiality of impartiality and objective analysis of the facts. Using the parallax analogy, the importance of multiple perspectives for a reliable ascertainment of the truth is highlighted, warning of the risks of confirmation bias that can compromise justice. The crucial role of defense lawyers in ensuring fair investigations and protecting the rights of the accused is highlighted, emphasizing the need for active action against prejudice and for the veracity of the processes. It also highlights the importance of Order of Attorneys of Brazil (OAB) Provision 188/2018 on defensive investigation and the tools available to the lawyer in the technical defense of their clients, such as expert evidence and notarial minutes. The article calls for reflection on fair investigative practices, contributing to the integrity and balance of the criminal justice system.

Keywords: technical defense; investigative impartiality; confirmation bias; parallax; equitable investigative practices.

1. Introdução

A defesa técnica enfrenta desafios em um ambiente judicial focado em atribuir culpas, muitas vezes à custa de uma análise detalhada dos fatos. Essa realidade simplifica as nuances de cada caso, colocando o advogado de defesa em uma posição paradoxalmente crucial e marginal. Defender a equidade, ancorado em ética e na presunção de inocência, impõe um dilema entre o ideal e o pragmático. O principal desafio é assegurar que os direitos e as perspectivas do acusado sejam considerados, num contexto frequentemente predisposto a validar a culpa, negligenciando uma avaliação imparcial.

A proposição central deste estudo é investigar a (im)parcialidade na atuação policial durante a investigação criminal, identificando os instrumentos e

práticas que podem contribuir para alcançar uma investigação isenta de viés. A principal hipótese é que a atuação proativa do advogado criminal, amparada pelo Provimento 188/2018 da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), pode mitigar os efeitos do viés de confirmação e garantir uma investigação mais justa.

Dessa forma, este artigo busca responder às seguintes perguntas de pesquisa: 1) Quais são os efeitos negativos do viés de confirmação na investigação policial? 2) Como a atuação do advogado pode contribuir para uma investigação imparcial? 3) Quais instrumentos legais e metodológicos são mais eficazes para garantir a imparcialidade na investigação criminal? Para abordar a problemática da (im)parcialidade na atuação policial, este artigo emprega uma metodologia qualitativa com base em revisão

¹ Doutor em Meio Ambiente e Desenvolvimento pela UFPR-Brasil (2016). Mestre em Direito pela UFSC-Brasil (2007). Advogado. Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9327139507357939>. ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-7640-4679>. <https://www.linkedin.com/in/rafael-ferreira-filippin-50957569/>.

² Mestre em Criminologia Aplicada e Investigação Policial pela UCAV-Espanha, 2023. Delegado da Secretaria Executiva da AMERIPOL - Comunidade de Polícias de Américas. Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3648943527323618>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7995-6720>. <https://www.linkedin.com/in/andersonbichara/>.

³ Doutorando em Sustentabilidade Social e Desenvolvimento pela UAb, Portugal. Mestre em Ciência e Sistemas de Informação Geográfica pela UNL, Portugal (2020). Adido Policial do Brasil na Bolívia. Link Lattes: <https://lattes.cnpq.br/8536086575223316>. ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-7855-8032>. <https://www.linkedin.com/in/agostinho-cascardo>.

bibliográfica e análise crítica de casos. O estudo se fundamenta na literatura existente sobre viés de confirmação, investigação policial e o papel do advogado criminal. Adicionalmente, utilizamos a metáfora da paralaxe para ilustrar a necessidade de múltiplas perspectivas na investigação dos fatos.

A análise é conduzida em três frentes principais: 1) revisão de literatura para identificar os efeitos nefastos do viés de confirmação na investigação policial; 2) observações em doutrina para exemplificar como a atuação do advogado pode mitigar esses fatores e garantir uma investigação mais imparcial; e 3) avaliação das práticas atuais e proposição de estratégias baseadas no Provimento 188/2018 da OAB para melhorar a atuação do advogado na defesa técnica.

O objetivo é fornecer uma compreensão aprofundada de como a imparcialidade pode ser mantida na investigação policial e como o advogado pode contribuir de maneira eficaz para esse objetivo, utilizando uma abordagem baseada em provas e livre de preconceitos.

2. Defesa técnica e sua atuação na esfera criminal

O percurso da advocacia criminal no âmbito jurídico é caracterizado por inúmeros desafios, começando com a luta contra percepções e pré-concepções arraigadas (Rodrigues, E. *et al.*, 2022). Os advogados de defesa se encontram navegando em águas agitadas, onde regularmente se deparam não somente com as acusações formais, mas também com um fluxo de preconceitos institucionais e sociais que tendem a desequilibrar a balança da justiça em detrimento de seus representados (Rosa, 2017). Um dos desafios mais significativos envolve a coleta e interpretação de provas. Frequentemente, o acesso a dados fundamentais é limitado, dificultando a formulação de uma defesa sólida. Adicionalmente, a defesa tem a tarefa de dismantlar narrativas previamente estabelecidas por órgãos policiais ou pela imprensa, as quais, não raro, já atribuíram culpa ao acusado antes mesmo da instauração formal do processo judicial (Pereira Neto, 2011).

A necessidade de salvaguardar os direitos do acusado ao longo da investigação é crucial e não deve ser menosprezada. O sistema judiciário fundamenta-se no princípio da presunção de inocência, sustentáculo essencial que assegura a cada pessoa o status de inocência até que seja comprovada sua culpa (Oliveira Neto, 2018). Contudo, na prática, emerge uma realidade divergente, na qual a exigência por soluções imediatas pode resultar na desconsideração desses direitos. Assim, a atuação na defesa técnica excede a simples representação jurídica; constitui-se em um esforço contínuo para garantir a observância do processo legal, a salvaguarda dos direitos do acusado e a realização de justiça genuína. Essa função é vital não só para a defesa do indivíduo em questão, mas também para sustentar a credibilidade do sistema judicial perante a sociedade (Barbosa, 2011).

A importância do Provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB, que disciplina a investigação defensiva realizada por advogados, é fundamental nesse cenário. Tal normativa possibilita que os advogados colem provas em benefício de seus clientes, contribuindo para uma defesa mais eficaz e abrangente. Recursos como perícias e atas notariais tornam-se cruciais, permitindo ao advogado refutar acusações e potencialmente comprovar a inocência do cliente ou atenuar as acusações que lhe são impostas. A utilização diligente desses instrumentos pelo advogado é crucial para assegurar uma defesa técnica eficiente, explorando todas as vias legais disponíveis para estabelecer uma defesa robusta, conforme destaca (Diniz, 2021).

Frente a essas adversidades, a defesa técnica emerge como guardiã dos direitos fundamentais, opondo-se a métodos de investigação duvidosos e combatendo o declínio das liberdades individuais. A intervenção decidida e ética por parte dos advogados de defesa revela-se, assim, crucial para a harmonia do sistema de justiça penal. Ao assegurar a estrita observância dos direitos dos acusados, a defesa não somente salvaguarda o sujeito em foco, mas também protege a integridade da justiça, enfatizando que o empreendimento em busca da verdade deve ser realizado de forma justa e imparcial, purgando o processo judicial de qualquer forma de injustiça ou viés (Brauner, 2020).

E todo esse esforço é devidamente alicerçado na garantia fundamental do contraditório (cf. art. 5º, LV da CR/1988) cujo desenvolvimento leva ao direito do acusado e de sua defesa técnica a uma participação em simétrica paridade no procedimento investigatório, também denominada de "paridade de armas" no processo penal (Pacelli, 2017).

3. O viés de confirmação na investigação policial

A investigação policial desempenha um papel fundamental no sistema de justiça penal, atuando como o estopim para a cadeia de procedimentos que levarão à aplicação da justiça (Costa, A.; Oliveira Júnior, 2016). Ao contrário da visão comum que frequentemente retrata a polícia unicamente como um agente de acusação, sua missão primordial é a investigação objetiva dos fatos (Perazzoni, 2017).

Adicionalmente, a importância da procura pela verdade como núcleo da missão policial é sublinhada pela sua influência positiva na estrutura do

sistema de justiça criminal. A condução de investigações guiadas por um comprometimento inabalável com a verdade ajuda a prevenir injustiças, tais como condenações errôneas e a subsequente liberdade indevida de criminosos. Tal abordagem não apenas ressalta a relevância de uma formação e prática policial embasadas em ética e justiça, mas também demonstra que uma averiguação precisa dos fatos é fundamental para a efetiva administração da justiça. Desse modo, em vez de ser percebida por meio de um viés de confronto, a atividade investigativa policial deve ser reconhecida como o alicerce para o estabelecimento de um sistema de justiça aspirando ser justo, equânime e imparcial (Perazzoni, 2017).

Uma investigação policial isenta e livre de viés de confirmação é crucial para a promoção da eficiência processual, pois previne acusações infundadas e exime um réu de um processo penal injusto, o qual jamais deveria ter sido iniciado (Bichara; Cascardo Júnior, 2023).

Ao considerar os desafios enfrentados pela investigação policial, a metáfora da paralaxe proporciona uma visão esclarecedora. Na física, paralaxe refere-se à variação da posição aparente de um objeto, dependendo do ponto de observação. Quando essa metáfora é transportada para o âmbito da investigação policial, ela facilita uma apreciação aprofundada da maneira pela qual a verdade pode ser alterada se analisada sob uma única perspectiva (Rodrigues, M.; Scarano Júnior, 2022). A relevância desse fenômeno no âmbito jurídico é notável; indica que a plena compreensão de um evento ou ação só é alcançável mediante a integração de diversas perspectivas — uma estratégia poliédrica que elude o viés de confirmação (Bichara; Cascardo Júnior, 2023). Este último caracterizado como um fenômeno psicológico no qual informações que corroboram crenças já estabelecidas são favorecidas em oposição àquelas que as contestam, representa um risco considerável para a justiça ao orientar investigações com uma conclusão preconcebida (Costa, D. *et al.*, 2020).

A incorporação, seja deliberada ou inadvertida, do viés de confirmação nas investigações policiais pode afetar gravemente o alicerce da justiça: o empenho na descoberta da verdade. Exemplos históricos e atuais de condenações equivocadas, muitas vezes revisitadas e corrigidas pela ciência forense avançada ou análises críticas dos casos, evidenciam as consequências devastadoras desse viés. Uma investigação orientada mais pela expectativa de um resultado específico do que pelas provas reais pode pavimentar o caminho para o erro judicial (Bichara; Cascardo Júnior, 2023). Exemplos pungentes incluem a prisão de indivíduos com base em evidências circunstanciais que foram sobredimensionadas para se ajustarem a uma narrativa de culpa, enquanto evidências exculpatórias foram ignoradas ou minimizadas.

4. O papel do advogado criminal na garantia da imparcialidade investigativa

O advogado criminal desempenha um papel essencial na proteção dos princípios de justiça e equidade nas investigações policiais. Sua função transcende mera representação e defesa do acusado perante o judiciário, abrangendo também um monitoramento rigoroso das práticas utilizadas ao longo da investigação policial. Compete ao advogado criminal garantir que o inquérito se desenvolva de forma imparcial, sem qualquer tendência ou preconceito que possa afetar sua trajetória e resultado (Paim; Bueno, 2022). Nesse sentido, o profissional é incumbido de realizar uma supervisão detalhada, assegurando que as atividades de investigação honrem os direitos fundamentais da pessoa envolvida e se fundamentem em provas concretas, prevenindo, assim, o avanço de investigações parciais que possam levar a vereditos injustos ou sem base factual (Amorim; Sommer, 2021).

Além de sua função fiscalizadora, o advogado criminal contribui ativamente para a construção de uma base investigativa sólida e isenta, ao questionar métodos de coleta de prova, apontar irregularidades processuais e sugerir direcionamentos que possam esclarecer os fatos sob uma óptica imparcial (Paim; Bueno, 2022). Essa postura proativa é fundamental para contrapor-se ao viés de confirmação, um fenômeno psicológico que leva investigadores a priorizarem evidências que confirmem suas hipóteses iniciais em detrimento de informações que possam contestá-las (Bichara; Cascardo Júnior, 2023). Ao promover a revisão crítica das evidências e incentivar a consideração de todas as possíveis interpretações dos fatos, o advogado reforça o compromisso com a verdade material e contribui para que o processo penal se desenvolva de forma justa e equânime, consolidando a defesa técnica como um instrumento indispensável para a manutenção da integridade do sistema de justiça penal.

5. Estratégias de atuação do advogado criminal

O advogado criminal dispõe de uma gama de estratégias para assegurar uma defesa eficaz e impedir a incidência de viés na investigação policial. Uma dessas estratégias envolve o monitoramento rigoroso das etapas da investigação, garantindo que o procedimento seja conduzido dentro dos parâmetros legais e éticos, respeitando os direitos do acusado. Isso inclui a análise detalhada das ordens judiciais para buscas e apreensões, a legalidade

das interceptações telefônicas e o correto manuseio das evidências coletadas (Paim; Bueno, 2022). Além disso, o advogado criminal deve estar atento à possibilidade de uso de técnicas investigativas que possam induzir ou coagir testemunhas e acusados a fornecerem depoimentos de maneira prejudicial à defesa, intervindo prontamente para contestar tais práticas.

Outra estratégia crucial é a construção de uma linha de defesa baseada em contraprovas e testemunhas que possam refutar as acusações ou lançar dúvidas sobre a versão apresentada pela acusação. O advogado deve buscar evidências alternativas que desafiem a narrativa proposta pela investigação, utilizando-se de exames periciais independentes e depoimentos que possam demonstrar a inocência do acusado ou, ao menos, enfraquecer as alegações contra ele, chamando a atenção para circunstâncias atenuantes ou ainda para causas excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, por exemplo, que dependem de prova. Esse processo exige uma abordagem metódica e criativa para identificar falhas e lacunas na acusação, explorando todas as possibilidades legais para a construção de uma estratégia de defesa sólida, respeitando as regras do jogo (Rosa, 2013).

Por sua vez, a investigação defensiva é um outro instrumento valioso ao alcance do advogado para essa finalidade. Corolário do art. 8, itens 1 e 2, "b", "c", "d", "e" e "f", da Convenção Americana de Direitos Humanos, promulgada no Brasil pelo Decreto 678/1992, o instituto da investigação defensiva é um meio para o advogado concretizar não só o direito à defesa técnica, mas principalmente o direito à instrução probatória do acusado nos procedimentos investigatórios. Foi recentemente regulamentada pelo Provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB, cuja constitucionalidade foi confirmada pelo Supremo Tribunal de Federal no julgamento da PET 7612/DF, e pode ser utilizada em especial nos casos que dependam de provas e análises complexas.

Além disso, o Provimento 188/2018 da OAB amplia significativamente as responsabilidades do advogado além da mera supervisão. Ele é encarregado de gerar provas que sirvam aos interesses de seu cliente, com o objetivo

de prevenir acusações sem fundamento e investigações tendenciosas que ignorem pistas investigativas cruciais. Esse regulamento confirma a importância da iniciativa do advogado na obtenção de evidências, empregando métodos como perícias independentes e atas notariais. Isso expande o escopo da defesa técnica, assegurando uma representação mais completa e eficiente para o indivíduo acusado (Filippin; Rocha Júnior, 2020).

6. Considerações finais

Em face dos múltiplos desafios delineados ao longo deste artigo, que perpassam desde as intrincadas dinâmicas da investigação policial até a crítica atuação da defesa técnica em salvaguardar os direitos fundamentais, emerge a conclusiva necessidade de reiterar a essencialidade de práticas investigativas imparciais e éticas no âmbito do sistema de justiça penal. A analogia da parallaxe, empregada para elucidar a importância da multifacetada perspectiva na apuração dos fatos, sublinha uma visão de justiça que reconhece a complexidade humana e rejeita simplificações que podem levar a equívocos judiciais.

A abordagem holística, que considera variadas visões na busca pela verdade, ressoa com o imperativo de um processo judicial fundamentado na equidade, na imparcialidade e no respeito aos direitos humanos. A defesa técnica, nesse contexto, não apenas representa um escudo contra possíveis abusos e a perpetuação de injustiças, mas também atua como promotora de uma justiça mais empática e precisa, consciente dos perigos do viés de confirmação e dedicada à verdadeira essência da justiça.

Assim, a responsabilidade compartilhada entre os atores judiciais — desde o inquérito policial até a atuação do advogado criminal — destaca-se como um pilar para a construção de um sistema de justiça penal que aspira não apenas à aplicação da lei, mas à realização da justiça em sua forma mais pura e justa. Encoraja-se, portanto, uma reflexão contínua e a adoção de práticas que promovam a justiça, a imparcialidade e a integridade, reafirmando o compromisso com os princípios democráticos e com a dignidade humana.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: os autores confirmam que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por este trabalho em sua

Como citar (ABNT Brasil)

BICHARA, A. A.; FILIPPIN, R. F.; CASCARDO JUNIOR, A. G. Defesa técnica, (im)parcialidade da atuação policial e vedação de viés de confirmação. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 32, n. 381, p. 24-26, 2024. Disponível em:

totalidade. **Declaração de originalidade:** os autores garantiram que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; eles também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1107. Acesso em: 1 ago. 2024.

Referências

AMORIM, Aleissa Lima de; SOMMER, Francielle Pires Duarte. A advocacia criminal e sua importância à administração da justiça e manutenção do Estado Democrático de Direito. *Revista Jurídica Direito, Sociedade e Justiça*, Dourados, v. 5, n. 7, 2021. Disponível em: <https://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/view/3053>. Acesso em: 3 jul. 2024.

BARBOSA, Emerson Silva. O devido processo penal e as garantias do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUCRS*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 74-88, 2011. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/7942>. Acesso em: 3 jul. 2024.

BICHARA, Anderson de Andrade; CASCARDO JUNIOR, Agostinho Gomes. Inquérito policial e proibição de viés de confirmação. *Jus*, 27 maio 2023. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/104335/inquerito-policial-e-proibicao-de-vies-de-confirmacao-rebatendo-mitos-historico-doutrinarios-com-base-na-constituicao-e-em-tratados-internacionais>. Acesso em: 3 jul. 2024.

BRASIL. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília: Presidência da República, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 3 jul. 2024.

BRAUNER, Daniela Corrêa Jacques. Estudo sobre justiça de transição: o aparecimento da defensoria como equilíbrio do sistema de justiça – do estado acusador ao estado defensor. *Revista da Defensoria Pública da União*, Brasília, v. 1, n. 10, p. 46-62, 2020. <https://doi.org/10.46901/revistadapu.i10.p46-62>

COSTA, Arthur Trindade Maranhão; OLIVEIRA JÚNIOR, Almir de. Novos padrões de investigação policial no Brasil. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 31, n. 1, p. 147-164, 2016. <https://doi.org/10.1590/S0102-69922016000100008>

COSTA, Daniel Fonseca; CARVALHO, Francisval de Melo; MOREIRA, Bruno César de Melo; SILVA, Washington Santos. Viés de confirmação na tomada de decisão gerencial: um estudo experimental com gestores e contadores. *Revista de Contabilidade e Organizações*, Ribeirão Preto, v. 14, e164200, 2020. <https://doi.org/10.11606/issn1982-6486.rco.2020.164200>

DINIZ, Carlos Roberto Faleiros. Produção de provas – investigação defensiva e apuração de falsas memórias. *Jornal da Advocacia*, 26 jul. 2021. Disponível em: <https://jornaladaadvocacia.oabsp.org.br/noticias/ponto-de-vista/producao-de-provas-investigacao-defensiva-e-apuracao-de-falsas-memorias/>. Acesso em: 3 jul. 2024.

FILIPPIN, Rafael Ferreira; ROCHA JÚNIOR, Francisco Monteiro. Investigação defensiva é um instituto que pode ser usado no contexto do processo administrativo sancionador. *Andersen Ballao Advocacia*,

3 jul. 2020. Disponível em: <https://www.andersenballao.com.br/pt/artigos/investigacao-defensiva-e-um-instituto-que-pode-ser-usado-no-contexto-do-processo-administrativo-sancionador/>. Acesso em: 3 jul. 2024.

OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. Garantismo penal e presunção de inocência: uma análise do habeas corpus 126.292. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 26, n. 142, p. 133-170, 2018.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Provimento nº 188/2018*. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Brasília: OAB, 2018. Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>. Acesso em: 3 jul. 2024.

PAIM, Dafne Atena da Maia; BUENO, Mariza Schuster. O papel do advogado no inquérito policial perante as alterações do estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. *Academia de Direito*, Mafra, v. 4, p. 1710-1731, 2020. <https://doi.org/10.24302/acaddir.v4.3832>

PERAZZONI, Franco. O delegado de polícia como sujeito processual e o princípio do delegado natural. *Revista de Direito de Polícia Judiciária*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 197-215, 2017. <https://doi.org/10.31412/rdpv.v1i2.513>

PEREIRA NETO, Luís Fernando. O Princípio do Estado de Inocência e a sua violação pela mídia. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, 2013, Porto Alegre. *Anais [...]*. Porto Alegre: PUCRS, 2011. p. 98-115. Disponível em: https://editora.pucrs.br/anais/cienciascriminais/edicao2/Luiz_Fernando.pdf. Acesso em: 3 jul. 2024.

RODRIGUES, Ester Resende Hinham; CARDOSO, Jaqueline Ribeiro; VILLANI, Paulo Marcelo; OLIVEIRA, Matheus Moyses Marques Dutra de. Juiz das garantias na busca pela imparcialidade máxima. *Libertas Direito*, Belo Horizonte, v. 3, n. 2, p. 1-40, 2022. Disponível em: <https://periodicos.famig.edu.br/index.php/direito/article/view/317>. Acesso em: 3 jul. 2024.

RODRIGUES, Magna Coeli Soares; SCARANO JÚNIOR, Sérgio. A parallaxe como tema agregador interdisciplinar e a bússola como recurso motivador na aprendizagem ativa da Física. *Scientia Plena*, São Cristóvão, v. 18, n. 8, 084810, 2022. <https://doi.org/10.14808/sci.plena.2022.084810>

ROSA, Karine Azevedo Egypcio. A disposição cênica das salas de audiências e tribunais brasileiros: a inconstitucionalidade da prerrogativa de assento do Ministério Público no processo penal. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 18, p. 40-73, 2017. Disponível em: <https://revistadpers.emnuvens.com.br/defensoria/article/view/167>. Acesso em: 3 jul. 2024.

ROSA, Karine Azevedo Egypcio. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

Recebido em: 03 04 2024. Aprovado em: 24 06 2024. Última versão dos autores: 27 06 2024.

INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS: OS DESAFIOS DA DEFENSORIA PÚBLICA E SEUS IMPACTOS PROCESSUAIS

DEFENSIVE INVESTIGATION IN DRUG TRAFFICKING CRIMES: THE CHALLENGES OF THE PUBLIC DEFENDER'S OFFICE AND ITS PROCEDURAL IMPACTS

Maria Teresa Carneiro Santos Cintra Zarif¹  

Defensoria Pública da Bahia, DPBA, Salvador/BA
maria.carneiro@defensoria.ba.def.br

Bianca da Silva Alves²  

Defensoria Pública da Bahia, DPBA, Salvador/BA
bianca.alves@defensoria.ba.def.br

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.12786326>

Resumo: O presente trabalho busca compreender os desafios da Defensoria Pública ao conduzir a investigação defensiva nas apurações dos crimes de tráfico de drogas, bem como os impactos processuais que decorrem de uma atuação defensiva incipiente e suas consequências para as pessoas em situação de vulnerabilidade que demandam a assistência jurídica da instituição.

Palavras-chave: investigação criminal; defesa; Defensoria Pública; tráfico de drogas.

Abstract: The present work aims to understand the challenges public defenders face when conducting defensive investigations into drug trafficking crimes, as well as the procedural impacts that result from incipient defensive action and its consequences for people in vulnerable situations who demand the institution's legal assistance.

Keywords: criminal investigation; defense, Public Defender's Office; drug trafficking.

1. Introdução

A investigação defensiva ou a coleta direta de provas pela defesa, seja exercida por advogado particular ou defensor público, é tema que vem ganhando relevo nos últimos anos no âmbito da doutrina, mas ainda pouco explorado pela legislação e jurisprudência no Brasil.

Quando se trata da investigação defensiva conduzida pela Defensoria Pública, diversas limitações de ordem estrutural, orçamentária e humana desafiam uma atuação mais consistente da instituição. A ausência da Defensoria Pública na fase pré-processual, ainda fortemente marcada pela herança inquisitória, é um dos óbices para que a Defensoria exerça de forma ativa a produção probatória durante a etapa da investigativa preliminar.

Essa realidade se intensifica nos processos em que são apurados os crimes de tráfico de drogas, caracterizados pelo protagonismo da prova oral produzida pelos policiais responsáveis pelo flagrante, acompanhados de provas-padrão, como os laudos periciais das substâncias entorpecentes, sem a produção, em regra, de outros tipos de elementos de convencimento.

Assim, tendo em conta o cenário posto, busca-se analisar os desafios da Defensoria Pública em promover uma investigação defensiva efetiva nos crimes de tráfico de drogas e os impactos processuais de uma atuação defensiva incipiente, assim como os efeitos para a população vulnerabilizada, que depende da atuação da instituição para ver seus direitos e garantias assegurados no processo penal.

2. Investigação defensiva e Defensoria Pública

A investigação defensiva é uma prática ainda incipiente no Brasil, carecendo de regulamentação pelas normas processuais vigentes. Não há, no País, leis específicas que abordem a investigação direta pela defesa, como se observa, por exemplo, na Itália, país que, desde 2000, possui normas que regem a busca de provas pela defesa. Tal movimento ocorreu em decorrência da "Operação Mãos Limpas", que investigou, processou e puniu crimes de corrupção envolvendo políticos nos anos 1990 naquele país (Dias, 2019, p. 104). Já nos Estados Unidos, muito embora não exista lei expressa contemplando a investigação defensiva, há um sistema de regras que contribui para a coleta de dados e provas pela defesa, realidade que destoa do Brasil.

Em que pese não haja leis tratando de investigação defensiva no sistema pátrio, recentemente despontaram previsões normativas em sede administrativa, a exemplo do Provimento 188/2018 da **Ordem dos Advogados do Brasil** (2018), que regulamentou nacionalmente o instituto, verberando que se trata de uma prerrogativa funcional do advogado a realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais.

Seguindo na linha de inovação legislativa, o Projeto 8.045/2010, do novo Código de Processo Penal, aborda a investigação defensiva, havendo emendas aditivas em tramitação pretendendo regulamentar o instituto.

Até mesmo a jurisprudência dos tribunais, que, em diversas outras matérias, avança de modo a suprir e sanar as omissões legislativas, quando se trata

¹ Mestre em Segurança Pública, Justiça e Cidadania pela UFBA. Defensora Pública do Estado da Bahia. Link Lattes: <https://lattes.cnpq.br/2066026843232958>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2563-497X>.

² Mestre em Direito Privado pela UFBA. Defensora Pública do Estado da Bahia. Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0582745229828040>. ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-5484-5795>.

de investigação defensiva, é escassa. Uma das exceções é recente decisão prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça em 2022, no Mandado de Segurança 26.627/DF, em que expressamente foi assegurada a legitimidade da investigação Zarife conduzida pela defesa, citando o supramencionado provimento da OAB e fundando-se na garantia constitucional da ampla defesa.

Em decorrência desse cenário, ainda que não exista vedação legal à investigação direta pela defesa, observa-se que a ausência de regulamentação produz um efeito de desencorajamento, seja em razão da falta de exemplos de práticas exitosas, seja por uma dificuldade em se identificar os limites entre o lícito e o ilícito na condução da produção de provas pelos advogados ou defensores públicos. Como bem observa **Denis Sampaio** (2014, p. 195) ao comentar as previsões legislativas do Direito italiano sobre investigação defensiva:

A previsão normativa da atuação investigativa da defesa reserva, ainda que simbolicamente, a garantia da efetividade do direito à prova, oriundo de um processo dialético em que as partes possuirão, efetivamente, maior força probatória e argumentativa.

Tratando-se da prova diretamente coletada pela Defensoria Pública, o tema ganha contornos ainda mais preambulares. O que se observa é que, se há óbices à condução de investigação pela defesa privada, a realidade é ainda mais crítica com relação à defesa pública.

Na análise desse quadro, é importante se levar em conta as dificuldades presentes na atividade defensorial, em especial do defensor público criminal. É fato notório o déficit de defensores públicos em oposição a uma grande massa de pessoas em situação de vulnerabilidade que demandam a intervenção e a assistência jurídica da Defensoria.

Dados do **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada** (2013) apontam para um déficit nacional de 10.578 defensores, tendo por base um parâmetro de atuação de 10.000 pessoas, com até três salários mínimos, por defensor público. O IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil, conduzido pelo Ministério da Justiça em 2015, indica que 83,3% dos Defensores afirmam que seu volume de trabalho é excessivo ou muito excessivo.

A Pesquisa Nacional da Defensoria Pública de 2023, produzida pelo **Colégio Nacional de Defensores Públicos Gerais** (Condege), conclui que, não obstante o crescimento apresentado pela Defensoria Pública nas últimas duas décadas, ainda se observa uma gritante diferença entre o quantitativo de membros da Defensoria Pública e do Ministério Público: o quadro de Promotores e Procuradores de Justiça é 78,8% maior que o quadro de Defensores Públicos; enquanto que, em relação ao Poder Judiciário, o quadro de Juízes, Desembargadores e Ministros é 148,9% maior que o quadro de Defensores Públicos.

Há ainda que se considerar as limitações decorrentes da escassez de recursos humanos também representada pela falta de um número compatível de servidores que compõem as carreiras de apoio da Defensoria Pública. A já mencionada pesquisa conduzida pelo **Condege** (2023) indica a disparidade na razão entre servidores/membros comparando-se as carreiras da Magistratura, Ministério Público e Defensoria:

[...] os dados indicam que para cada Juiz(a)/ Desembargador(a)/ Ministro(a) há 12,7 servidores(as), e para cada Promotor(a)/Procurador(a) de Justiça há 2,8 servidores(as). Enquanto isso, na Defensoria Pública, para cada Defensor(a) Público(a) há apenas 1,5 servidores(as).

Os problemas mencionados têm sua raiz principal em outra limitação: a falta de recursos orçamentários. Não obstante às Defensorias Estaduais e da União seja assegurada autonomia funcional, administrativa e orçamentária pela Constituição da República Federativa do Brasil (**Brasil**, 1988), em seu art. 134, § 2º, não se observa o cumprimento desse mandamento com a efetiva destinação, pelo Poder Executivo, de orçamento compatível com as inúmeras demandas dessas instituições, circunstância que já foi objeto de questionamento no Supremo Tribunal Federal, a exemplo das ADIs 5.287, 5.160 e 5.381.

As limitações estruturais e orçamentárias referidas, associadas ao fato de que se trata de tema ainda pouco explorado no Brasil, seja no campo doutrinário ou jurisprudencial, torna ainda mais complexa a atividade de investigação defensiva pelos Defensores Públicos, demandando um grande esforço e exercício de inovação pelos membros da instituição.

Expostas as causas da inconsistente atuação dos defensores públicos no campo da investigação defensiva, é essencial se tratar da efetiva ausência da Defensoria Pública na fase preliminar investigativa e sua correlação com a questão posta, notadamente nos processos que apuram os crimes de tráfico de drogas.

3. Os inquiridos de tráfico de drogas e a ausência da Defensoria Pública na fase inquisitiva

O inquirido policial é a peça mais importante do processo de incriminação no Brasil, é a chave que abre todas as portas do processo (**Misse**, 2011, p. 19). Não obstante a centralidade do inquirido policial no contexto de produção probatória no processo penal brasileiro, não há obrigatoriedade da presença da defesa técnica na fase pré-processual. A presença do defensor, público ou privado, nessa fase é meramente tolerada (**Rosa**, 2021, p. 539), pois não lhe é assegurada a possibilidade de influir efetivamente na produção das provas.

O que se observa, assim, é que o modo como são conduzidas as investigações e produzidos os elementos probatórios na fase inquisitiva acaba criando obstáculos à atuação da defesa na fase processual, pois, com a instauração da ação penal, o cenário já está posto e o contraditório acaba por não ser efetivo (**Lopes Junior**, 2020, p. 395).

A ausência da defesa técnica na fase investigatória preliminar é tão marcante que, em 2009, foi necessária a intervenção do Supremo Tribunal Federal, com a súmula vinculante 14, para a garantia do acesso do advogado e do defensor aos atos já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, que sejam afetos ao exercício da defesa.

Tais circunstâncias decorrem de uma forte herança inquisitória que ainda paira sobre o sistema processual no País. Enquanto existe todo um aparato estatal estabelecido para subsidiar a atividade investigativa acusatória na condução do inquirido e a atuação do Ministério Público, não há, como já mencionado, sequer previsão legal garantindo o exercício de investigação direta pela defesa.

A ausência defensiva na fase inquisitiva produz efeitos diretos no arcabouço probatório que será construído na instrução penal. Em que pese o quanto determina o art. 155, do Código de Processo Penal, que veda a condenação com base nas provas produzidas exclusivamente no inquirido, é comum que o conjunto probatório produzido em Juízo pela acusação muitas vezes limite-se à repetição dos elementos colhidos pela autoridade policial.

Assim, o claro desequilíbrio em desfavor da defesa existente na fase pré-processual termina por não ser revertido em Juízo, diante da efetiva disparidade de armas em relação à acusação, que desafia o ideal do processo penal democrático delineado na Constituição.

O que se almeja de um processo penal democrático é que seja garantida a equidade, de modo que à acusação e à defesa sejam oportunizadas plenas condições de oferecer suas teses e provas, garantindo-se um efetivo equilíbrio entre as partes, igualmente aptas a apresentar os elementos de convicção à avaliação do julgador. Não obstante a prática no processo penal ainda se mostra distante dessa realidade.

O papel secundário da defesa na produção probatória, em oposição a uma pretensa paridade de armas, mostra-se ainda mais notório nas investigações dos crimes de tráfico de drogas.

Os processos criminais que apuram o delito de tráfico de drogas são originários, em sua maioria, de prisões em flagrante em que são apreendidas pequenas quantidades de entorpecentes, sem investigação prévia ou posterior, sem interesse investigativo na cadeia de distribuição até se chegar no distribuidor varejista, concentrando-se no típico estereótipo do traficante (**D'elia Filho**, 2010, p. 54-55).

Uma pesquisa conduzida pelo Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, analisando dados de flagrantes realizados em São Paulo entre novembro de 2010 e janeiro de 2011, constatou que a polícia militar é responsável por 86% dos flagrantes e que 82% das prisões envolvendo drogas ocorreram em via pública (**Jesus et al.**, 2011).

Por sua vez, as prisões em flagrante que se originam de "denúncias", em maioria anônimas, representaram 24% do total, enquanto apenas 4% dos casos decorriam de investigação promovida pela polícia civil. Nas entrevistas realizadas na pesquisa, policiais militares descreveram que as abordagens em via pública são motivadas pelo que eles chamam de atitude suspeita, sendo este um conceito fundado, em grande parte, no tirocínio policial, na experiência adquirida no desempenho da função, que indicaria situações dignas de apuração, tais quais o fato de o suspeito usar pochete, blusa de frio no calor ou aparentar nervoso (**Jesus et al.**, 2011, p. 36).

Vê-se, assim, que o protagonismo na apuração dos crimes de tráfico de drogas cabe à polícia militar, que termina por selecionar quem será ou não abordado, flagranteado e, em consequência, denunciado, uma vez que os inquiridos em regra não ultrapassam a fase do flagrante, dando o tom do que vai ocorrer no processo criminal que virá a seguir.

Já as polícias técnico-investigativas, que não teriam por atribuição principal a prevenção de delitos, nos crimes de tráfico de entorpecentes, igualmente

atuam de acordo com a dinâmica do combate, inseridas no contexto da política de guerra às drogas (Valois, 2021, p. 393).

Semer (2022, p. 171) aponta que 88,75% dos processos de tráfico de drogas objeto de sua pesquisa decorrem de fatos apurados a partir de prisão em flagrante, e somente 11,25% dos casos decorriam de investigação.

Pesquisa do IPEA (2022), que teve por objetivo analisar o perfil do processado e as provas produzidas nos processos de tráfico os tipos de provas, contabilizou as diligências investigativas localizadas de forma mais recorrente nos autos dos inquéritos: modalidades específicas de apreensões e provas orais. Como resultado, observou-se que, no primeiro grupo, a maior concentração de documentos tratava da apreensão de substâncias (91,9%), da prisão em flagrante (89,1%) e da apreensão de objetos (82,6%). Cumprimentos de mandado de busca e apreensão foram registrados em menos de 10% nos autos processuais analisados. No que toca às provas orais na fase policial, 93,4% dos registros eram de interrogatórios dos réus e de depoimentos de policiais ou de agentes de segurança que fizeram o flagrante (93%).

Considerando-se esse contexto limitado de produção probatória em que, na grande maioria dos processos as investigações dos crimes de tráfico limitam-se à abordagem policial e à prisão em flagrante, a atuação defensiva efetiva com o acompanhamento da produção dos elementos probatórios e a iniciativa de coleta de provas na fase pré-processual mostrar-se-ia essencial para o exercício de uma defesa plena e efetiva.

Há que se ter em conta que, na realidade atual do processo penal, surgem novos meios de influência nas apurações criminais para além do processo judicial propriamente dito, a exemplo dos institutos da delação premiada, que ganhou novos e mais amplos contornos com a Lei 9.807/1999 (Brasil, 1999), e do Acordo de Não Persecução Penal, instituído pela Lei 13.964/2019 (Brasil, 2019), ambos aplicáveis aos crimes de tráfico. Nesses contextos, uma atuação passiva da defesa na fase investigativa implica em prejuízo irreversível. Como conclui Rosa (2021, p. 558), a defesa não pode mais ficar observando a movimentação estatal, sem armas adequadas para se opor, já que o fator tempo será decisivo e opera contra.

Ocorre que, tratando-se de Defensoria Pública, esse ideal esbarra em limitações práticas, como observam Esteves e Silva (2018, p. 463):

Atualmente nenhuma das Defensorias Públicas do País possui estrutura funcional suficiente para permitir a criação de órgãos de atuação com atribuição conexa às Delegacias de Polícia a fim de garantir o regular acompanhamento das investigações.

O cenário atual, portanto, ainda é de uma intervenção excepcional e insuficiente da Defensoria Pública na fase investigativa, o que se assevera no caso dos processos de investigação de tráfico de drogas. Como indica pesquisa realizada pela professora Maria Gorete de Jesus (2018, p. 56), a maior parte, 61%, dos acusados de tráfico de drogas no Brasil são assistidos juridicamente pela Defensoria Pública. A mesma pesquisa aponta que o primeiro contato com o defensor público somente ocorreu na audiência, em 55% dos casos, o que reforça a constatação da deficiência da efetiva atuação da defesa pública na fase pré-processual.

Ainda que seja extenso o número de usuários dos serviços dessa instituição, apenas nas Defensorias Públicas do Rio de Janeiro¹ e do Ceará² foi criada a estrutura para realização de investigação defensiva. Embora exista o debate interno em muitas Defensorias Públicas, ainda é bastante incipiente a sua atuação ativa no campo da produção de elementos probatórios.

Diante de tudo quanto analisado até então, resta clara a necessidade de se expandir a atuação da Defensoria na fase pré-processual nos delitos de tráfico de drogas, o que abarca, necessariamente, uma participação ativa na produção de elementos probatórios mesmo antes da deflagração da ação penal. Tal intento somente pode ser atingido por meio de investimento e estruturação voltados à promoção da investigação defensiva.

4. Os impactos processuais decorrentes dos desafios da Defensoria Pública em promover uma investigação defensiva nos crimes de tráfico de drogas

Como já demonstrado acima, não há como se concretizar os princípios da ampla defesa e do contraditório sem atribuir algum protagonismo à defesa técnica na investigação preliminar.

Nos crimes descritos na Lei 11.343/2006, o impacto processual dessa ausência defensiva na fase preliminar é ainda maior. Atualmente, os autos do inquérito policial se resumem à descrição do flagrante, à juntada dos laudos periciais e ao relatório do Delegado de Polícia. Não se percebem maiores digressões investigativas na maioria dos inquéritos de tráfico de drogas.

Na fase pré-processual, sem o laudo de constatação, o flagrante não pode ser considerado legal e a prisão deve ser relaxada, por ausência do *fumus commissi delicti*. O problema aqui é que a defesa, em regra, não participa da realização desse exame inicial. Existe uma questão prejudicial importante: como se deu a custódia do material até a realização do exame?

O pacote anticrime instituiu a cadeia de custódia da prova, no artigo 158-A do Código de Processo Penal (Brasil, 1941). A própria norma define como o conjunto de procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica de cada vestígio coletado em locais ou vítimas de crime. Assim, o cumprimento das normas atinentes à cadeia de custódia evidencia a importância da preservação do elemento probatório.

Observe-se que, nos crimes de tráfico, há certa dificuldade em se ter total conhecimento sobre a observância dessas regras e devidos coleta e armazenamento das substâncias entorpecentes, bem como transporte, separação e isolamento até a entrega para a perícia.

A possibilidade de participação ativa da Defensoria Pública nessa fase investigatória certamente mudaria bastante esse cenário, ampliando as situações em que se poderia argumentar a ilicitude da prova pela quebra da cadeia de custódia. A começar pela presença de um assistente técnico para acompanhar a perícia, para indagar acerca da cadeia de custódia (até porque possui conhecimento técnico sobre a conservação de substâncias perecíveis e eventuais alterações de resultados), para contestar dados técnicos e até mesmo para realizar uma contraprova que serviria a melhor fundamentar eventual alegação de quebra da cadeia de custódia a ser formulada pelo defensor.

Quando se trata de processo envolvendo investigações mais complexas, a exemplo da prova obtida mediante interceptações telefônicas, a presença defensiva na fase preliminar e a importância de uma perícia adequada ganha ainda maior relevo, a fim de averiguar a qualidade e a confirmação ou não da voz do investigado, a inexistência de pausas sugestivas de montagem, entre outros.

Nesse ponto, é importante salientar que o projeto do novo Código de Processo Penal inclui a defesa entre os legitimados a requerer a interceptação telefônica, corroborando que se caminha, no Brasil, para a construção de inovações legislativas que permitem a participação cada vez mais ativa da defesa na fase investigativa. Garantir à defesa a possibilidade de requerer a interceptação das comunicações telemáticas é mais um relevante passo rumo à efetivação da equidade entre as partes no processo penal.

Vale salientar também que a legislação assegura, em favor da Defensoria, a possibilidade de requisitar certidões, perícias, dentre outros documentos e diligências necessários ao exercício de suas funções, de autoridades públicas ou particulares, disposição prevista no art. 128, X, da Lei Complementar 80/1994 (Brasil, 1994). Tal prerrogativa, que teve a sua constitucionalidade confirmada pelo STF na ADI 6.582, constitui um instrumento de fortalecimento institucional e deve ser usada como meio de se garantir a coleta direta de provas pelos defensores públicos.

Ademais, outra situação em que a atuação investigativa defensiva se mostra estratégica é na produção de prova por meio da coleta de gravações oriundas de câmeras privadas ou públicas que filmaram a ação policial e podem corroborar atos de tortura e/ou teses defensivas de mérito. Nesses casos, o decurso do tempo, até o oferecimento da denúncia e decorrer da ação penal, impede que sejam captadas, armazenadas e devidamente utilizadas no processo penal mostrando, mais uma vez, a essencialidade da presença defensiva na fase de pré-processual de coleta de elementos.

A importância do acompanhamento técnico defensivo adequado para fins de perícia se aplica, igualmente, para as imagens obtidas por meio da câmera corporal na farda dos policiais militares, medida que vem sendo implementada em alguns estados brasileiros.

A presença defensiva na fase pré-processual impacta, ainda, na possibilidade de se obter prova testemunhal defensiva e de impactar na supracitada realidade dos processos de tráfico de drogas em que a grande maioria das testemunhas são oriundas das forças policiais. A rapidez da atuação ativa da Defensoria Pública, caso seja possível a partir do momento da comunicação do flagrante, certamente transformará o processo penal.

Como se percebe, a democratização do processo penal perpassa indubitavelmente pelo fortalecimento da Defensoria Pública, a fim de que possa desempenhar um papel ativo na investigação preliminar.

5. Considerações finais

A busca por uma participação direta da defesa na investigação decorre da necessidade de se democratizar o processo penal, trazendo para a defesa técnica um papel mais ativo desde a investigação preliminar.

Assim, a defesa técnica assume o protagonismo na coleta das informações, das análises periciais, da realização de contraprovas etc. Todavia tal atuação

pressupõe uma estrutura mínima do órgão defensivo para que seja realizada, esbarrando, muitas vezes, em limitações de ordem cognitiva e de ordem material, sobretudo quando se trata da Defensoria Pública.

A falta de recursos orçamentários destinados à melhoria da estrutura e do aparelhamento das Defensorias Públicas atinge primordialmente a população usuária dos seus serviços, sobretudo no âmbito criminal, capaz de retirar do indivíduo a sua liberdade. No Brasil, levando-se em consideração o estado atual dos estabelecimentos prisionais, ousadamente podemos dizer que mais do que a liberdade é retirada do cidadão, pois a sua dignidade também é suprimida com as humilhantes condições de segregação cautelar e de

cumprimento da pena privativa de liberdade. No caso dos crimes de tráfico de drogas, a atuação incipiente das Defensorias Públicas na investigação prévia acarreta inúmeros prejuízos processuais, dificultando sobremaneira a defesa técnica.

Portanto, a presença efetiva pela Defensoria Pública na fase investigativa e na coleta de provas pode se consubstanciar em meio eficaz de intervenção na realidade seletiva do sistema de justiça atual, que termina por aprofundar desigualdades sociais situação que se reveste de especial gravidade quando se trata da atual política de guerra às drogas.

Informações adicionais e declarações das autoras (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: as autoras confirmam que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** todas e somente as pesquisadoras que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listadas como autoras; todas as coautoras são totalmente responsáveis por este trabalho em sua

Como citar (ABNT Brasil)

ZARIF, M. T.; ALVES, B. S. Investigação defensiva nos crimes de tráfico de drogas: Os desafios da Defensoria Pública e seus impactos processuais. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 32, n. 381, p. 27-30, 2024. Disponível em:

totalidade. **Declaração de originalidade:** as autoras garantiram que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; elas também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1113. Acesso em: 1 ago. 2024.

Notas

¹ Diversas matérias publicadas no *site* da Defensoria Pública do Rio de Janeiro noticiam o aparelhamento do núcleo de investigação defensiva, com peritos e consultores externos, assim como demonstram que a atuação direta da defesa na investigação fez enorme diferença em inúmeros

casos (Em um ano [...], 2024).

² O *site* da Defensoria Pública do Ceará menciona a celebração de convênios para estruturar o Centro de Investigação Defensiva (Duarte, 2024).

Referências

BRASIL. [Constituição]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 3 abr. 2024.

BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 4 abr. 2024.

BRASIL. *Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999*. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Brasília: Presidência da República, 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19807.htm. Acesso em: 4 abr. 2024.

BRASIL. *Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 4 abr. 2024.

BRASIL. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm. Acesso em: 4 abr. 2024.

BRASIL. *Projeto de Lei 8.045/2010*. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 4 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS: 26.627 DF 2020/0177090-7, Relator: Ministro Sérgio Kukina. Distrito Federal, 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=MS+26627+&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 4 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5.160, Relatora Ministra Carmen Lucia. Distrito Federal, 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8410299>. Acesso em: 4 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5.287, Relator Ministro Luiz Fux. Distrito Federal, 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11638659>. Acesso em: 4 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5.381, Relator Ministro Roberto Barroso. Distrito Federal, 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12140792>. Acesso em: 4 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6.852, Relator Ministro Edson Fachin. Distrito Federal, 2022.

COLÉGIO NACIONAL DE DEFENSORES PÚBLICOS GERAIS. *Pesquisa Nacional da Defensoria Pública*. Brasília: Condege, 2023. Disponível em: <https://pesquisanacionaldefensoria.com.br/pesquisa-nacional-2020/analise-nacional>. Acesso em: 31 mar. 2024.

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccane. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de droga*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

DUARTE, Deborah. *Convênios são firmados para ampliar o funcionamento da Central de Investigação Defensiva*. Defensoria Pública do Ceará, 10 maio 2024. Disponível em: <https://www.defensoria.ce.def.br/noticia/convenios-sao-firmados-para-ampliar-o-funcionamento-da-central-de-investigacao-defensiva>. Acesso em: 23 maio 2024.

EM UM ANO, Núcleo de Investigação Defensiva reúne mais de 100 casos. *Defensoria Pública do Rio de Janeiro*, 5 out. 2023. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/27340-Em-um-ano-Nucleo-de-Investigacao-Defensiva-reune-mais-de-100-casos>. Acesso em: 23 maio 2024.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Mapa da Defensoria Pública no Brasil*. Brasília: IPEA, 2013. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria>. Acesso em: 24 maio 2024.

JESUS, Maria Gorete Marques de. *A verdade jurídica nos processos de tráfico de drogas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

JESUS, Maria Gorete Marques de; OL, Amanda Hidebrand; ROCHA, Thiago Thadeu; LAGATTA, Pedro. *Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo*. Núcleo de Estudo da Violência, São Paulo, SP, Brasil, 2011. Disponível em: <https://nev.prrp.usp.br/publicacao/priso-provisoria-e-lei-de-drogas/>. Acesso em: 3 jun. 2024.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processo Penal*. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MISSE, Michel. O papel do inquérito policial no processo de incriminação no Brasil. Algumas reflexões a partir de uma pesquisa. *Revista Sociedade e Estado*, Brasília, v. 26, n. 1, p. 15-27, 2011. <https://doi.org/10.1590/S0102-69922011000100002>

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Provimento nº 188/2018*. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Brasília: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, 2018. Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>. Acesso em: 4 abr. 2024.

ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia do Processo Penal Estratégico de acordo com a teoria dos jogos e MCDA-C*. Florianópolis: Emais, 2021.

SAMPAIO, Denis. Reflexões sobre a investigação criminal defensiva no sistema processual brasileiro: possível renovação da influência italiana pós "Código Rocco" sobre a *indagine difensiva*. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, ano V, n. 10, p. 187-214, 2014. Disponível em: <https://revistadpers.emnuvens.com.br/defensoria/article/view/101>. Acesso em: 24 maio 2024.

SEMER, Marcelo. *Sentenciando o tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento*. 3. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: O PAPEL DA DEFESA TÉCNICA NA EVITAÇÃO DE ERROS E INJUSTIÇAS

NONPROSECUTION AGREEMENT: THE ROLE OF QUALITY LEGAL DEFENSE IN PREVENTING ERRORS AND INJUSTICE

Manuela Abath Valença¹  

Universidade Federal de Pernambuco, UFPE;
Universidade de Pernambuco, UPE, Recife/PE
manuela.valenca@ufpe.br

Vitória Cristina Gomes Santos²  

Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, FGV,
São Paulo/SP
vitoriaccgsantos@gmail.com

Felipe José Aleksy Vicente Sales³  

Universidade Federal de Pernambuco, UFPE, Recife/PE
felipe.aleksy@ufpe.br

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.12786349>

Resumo: O presente artigo aborda a relevância da defesa técnica de qualidade como estratégia para evitar erros e injustiças nos mecanismos negociais. Para tanto, realiza um debate de cunho doutrinário sobre a expansão e riscos da justiça penal negociada e o direito de defesa, associado à análise de dados empíricos secundários coletados da pesquisa "Fortalecendo vias para as alternativas penais: um levantamento nacional da aplicação do Acordo de não Persecução Penal no Brasil", publicada em 2023 pelo Conselho Nacional de Justiça.

Palavras-chave: justiça penal negociada; acesso à defesa técnica; levantamento nacional sobre acordo de não persecução penal.

Abstract: This paper addresses an analysis of the relevance of quality legal defense as strategy to prevent errors and injustice in trial waiver systems. To do so, it engages in a doctrinal debate on the expansion and risks of negotiated criminal justice and on right to defense, coupled with an analysis of secondary empirical data collected from the research "Strengthening pathways for penal alternatives: a national survey of the implementation of nonprosecution agreements in Brazil," published in 2023 by the National Council of Justice.

Keywords: negotiated criminal justice; access to quality legal defense; national survey on nonprosecution agreements.

1. A expansão de mecanismos negociais na justiça penal na América Latina e no Brasil: desafios gerais

Para além de uma tendência, é certo que a justiça penal negociada se trata de uma realidade estabelecida nos países latino-americanos desde a década de 1980. Na medida em que a região passava por períodos de transição de regimes autoritários para democracias, com o aumento de um conteúdo de garantias nos diplomas processuais, também passaram a ser incorporados mecanismos negociais, com inspiração no modelo de *plea bargaining*.

Trata-se do que Langer (2021) intitulou de administrativização dos procedimentos criminais, movimento que se espalha dos países de

tradição da *common law*, com notório destaque para os Estados Unidos, para outros, customizando-se nas realidades locais. A ideia de administrativização reúne dois elementos característicos desses mecanismos: decisões tomadas fora das autoridades judiciárias e relativização de garantias processuais penais dos acusados.

Estruturados a partir de outra tradição, a *civil law*, os novos códigos de processo penal latino-americanos passaram a relativizar o princípio da obrigatoriedade da ação penal, agregando em seu bojo os procedimentos abreviados, consensuais ou negociais¹. Registre-se, a título de exemplo, os modelos implementados no

¹ Doutora em Direito pelo PPGD da UnB em 2018. Mestre em Direito pelo PPGD da UFPE em 2012. Professora adjunta da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPE e da Graduação em Direito da UPE. Advogada. Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4639632022380361>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7292-4232>.

² Mestranda em Direito e Desenvolvimento na Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito SP), com apoio da bolsa Mario Henrique Simonsen. Advogada. Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0162793357246830>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9369-5619>.

³ Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Assessor da Procuradoria da República em Pernambuco. Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7542251945899826>. ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-8808-2286>.

Chile, Argentina, Uruguai, Guatemala, Costa Rica e Panamá (Anitua, 2015; Gloeckner, 2023; Maier; Ambos; Woischnik, 2000).

No Brasil, tal movimento passou a ganhar espaço no ano de 1995, com a implementação da Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95). Posteriormente, tomou maior notoriedade o instituto da colaboração premiada, após a Lei 12.850/2013. Mais recentemente, assumiu o centro do debate o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), formalmente implementado no ordenamento brasileiro por meio da Lei 13.964/2019.

A consolidação e a aplicação dos acordos penais trazem uma série de desafios já apresentados pela literatura especializada, como os riscos de erro, o grau elevado de discricionariedade dos órgãos da acusação, a relativização de importantes garantias processuais penais etc. (Alkon, 2010; Duce Julio, 2019; Vasconcellos, 2020). De fato, como assegurar um conteúdo mínimo de direitos e garantias individuais quando o processo — no seu papel de forma e garantia — passa a dar espaço à flexibilidade procedimental sob o viés da eficiência?

Um dos maiores desses desafios é o risco de pessoas inocentes realizarem acordos por estarem ou se sentirem em posição de vulnerabilidade ou aceitarem medidas abusivas e desproporcionais. Pesquisas realizadas em outros países sobre esses procedimentos demonstram, por exemplo, que pessoas não brancas estão mais suscetíveis a aceitar acordos com condições menos favoráveis do que pessoas brancas. O mesmo ocorre com imigrantes em países em que a tensão decorrente de ondas migratórias é significativa (Fair Trials, 2021).

Sendo assim, torna-se fundamental realizar um olhar atento sobre a voluntariedade nos acordos penais, isto é, sobre o quanto a adesão a uma proposta dessa natureza decorreu de uma emissão de um desejo livre e consciente. Neste pequeno artigo, trabalhamos com a hipótese de que o acesso à defesa técnica de qualidade é uma das condições essenciais para que esses acordos sejam minimamente justos.

Apresentamos nossos argumentos a partir da literatura especializada e dos dados apresentados na pesquisa "Fortalecendo vias para as alternativas penais: um levantamento nacional da aplicação do acordo de não persecução penal no Brasil" (Brasil, 2023), da qual participaram as autoras e o autor deste artigo.

2. O acordo de não persecução penal: requisitos legais

O ANPP está previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal (CPP), o qual dispõe sobre os requisitos objetivos e subjetivos para a sua propositura. Além da exigência de a pena mínima cominada ao tipo penal imputado ao acusado ou investigado ser inferior a quatro anos de prisão e de o crime não poder ter sido realizado mediante violência ou grave ameaça à pessoa, o ANPP traz uma novidade em matéria de justiça negociada, quando comparado a institutos semelhantes como a transação penal e a suspensão condicional do processo: a exigência de confissão formal e circunstancial.

Esse requisito tem gerado intensos debates doutrinários, cujos contornos não poderão ser aqui desenvolvidos com profundidade, dada a limitação deste artigo². Porém um ponto deve ser ressaltado.

A confissão já era uma exigência da Resolução 181 de 2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (Brasil, 2017), que, em seu art. 18 menciona a exigência de o acusado confessar "formal e circunstancialmente" a prática do crime. A citação do trecho da Resolução aqui é proposital, porque dele para o texto do CPP houve uma mudança do advérbio "circunstancialmente" para "circunstancialmente", o que levantou algumas dúvidas³. Teria o legislador optado por não exigir uma confissão detalhada dos fatos? Teria dado à confissão um caráter meramente instrumental para a produção do acordo, e, portanto, não conferido a ela o papel de meio de prova? Ou teria havido uma simples confusão de palavras?

A resposta a essa pergunta está ainda em disputa, mas, em geral, sabe-se que a confissão exigida para a realização do acordo, na prática, não tem sido uma mera anuência dos fatos, mas sim detalhada e com pormenores acerca da conduta, motivação etc. É circunstanciada, portanto.

A exigência desse ato confere uma nova dimensão ao princípio da não autoincriminação no Brasil e traz consequências ainda não totalmente conhecidas, afinal, não existe vedação legal à sua utilização no mesmo procedimento criminal, caso o acordo venha a ser rescindido, ou em outros procedimentos criminais ou de natureza distinta. Portanto, dada a possibilidade de essa confissão ser utilizada em outros momentos do mesmo ou de outros processos⁴, realizá-la ou não deve ser uma escolha consciente e orientada por uma defesa técnica de qualidade.

Outro ponto importante a se destacar nos requisitos do ANPP é a ampla discricionariedade conferida ao Ministério Público para o acordo, tal qual ocorre com os demais institutos negociais no Brasil. A redação do art. 28-A do CPP prevê que, respeitados os requisitos formais, o Ministério Público "poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime" (Brasil, 1941). Todavia, ao tratar das medidas que podem ser propostas, não apresenta critérios objetivos sobre adequação e proporcionalidade.

Embora o *parquet* seja o titular da ação penal, essas aberturas semânticas permitidas pelo texto da lei conferem um preocupante grau de subjetividade ao membro ministerial na propositura do acordo, seja na escolha de quando ofertá-lo, seja na de analisar qual a medida e em que grau ela é adequada e proporcional.

Dentro desse contexto, as Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal editaram a Orientação Conjunta 3/2018 (revisada após a promulgação da Lei 13.964/2019) para que os procuradores, respeitada a independência funcional, observem determinados parâmetros na realização dos ANPPs.

Diante da negativa do membro do Ministério Público em ofertar o acordo, o CPP adotou a sistemática já conhecida e prevista na Súmula 696 do Supremo Tribunal Federal⁵ e previu, no parágrafo 14 do artigo 28-A que: "No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código". Por certo, esse movimento é feito pela defesa técnica.

O que se percebe, portanto, é que o papel da defesa técnica de qualidade é central na realização de acordos que possam minimamente ser considerados justos.

3. Direito à defesa e acordos penais: aspectos teóricos e empíricos

A defesa técnica é presença obrigatória nas tratativas, consagração e homologação dos acordos, nos termos do parágrafo 3º do artigo 28-A do CPP, peça fundamental para garantir acesso à informação e orientação jurídica sobre as consequências desses mecanismos. Mas, além da simples presença, para evitar erros e injustiças, é fundamental que se proporcione a todos um acesso à defesa de qualidade.

Desse modo, dois fatores podem ser determinantes para se pensar numa adequada assistência jurídica na realização dos acordos: i) o tempo de dedicação ao caso e ii) a possibilidade de a defesa participar mais ativamente da fase investigativa ou realizar investigações próprias e prévias às tratativas.

O aspecto temporal é fundamental para uma defesa de qualidade, fator, aliás, expressamente mencionado na Convenção Americana de Direitos Humanos:

1. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
[...]
c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa [...] (**Brasil**, 1992).

O ANPP, em regra, é proposto e “negociado” em um único ato: seja num encontro presencial ou por videoconferência, seja por meio de uma troca de documentos com a minuta do acordo⁶. Num caso ou noutro, o ideal é que a defesa tenha tempo hábil para se encontrar com a pessoa investigada com bastante antecedência com o objetivo de pensar sobre o caso, ponderar estratégias, medir riscos, verificar de modo pormenorizado a qualidade dos elementos de informação que constituem a base fática para a propositura do acordo, elaborar contraproposta, dentre outros fatores. Esse tempo hábil não existe para todas as pessoas.

Caminhando para o segundo aspecto acima citado — a possibilidade de a defesa participar mais ativamente das investigações ou realizar investigações próprias e prévias às tratativas —, desembocamos num outro desafio. A investigação defensiva, embora possa ser realizada dentro dos tímidos parâmetros normativos existentes⁷, não constitui prática generalizada no Brasil. Portanto, a base fática para a realização dos acordos é normalmente apresentada por um inquérito policial de estrutura inquisitiva, construído à revelia do contraditório e da ampla defesa.

Sendo assim, parecemos estar no pior dos mundos: baixa capacidade de participação da defesa técnica nas investigações conduzidas pela polícia ou outras organizações com atribuição para tanto e um tímido desenvolvimento de investigações conduzidas exclusivamente pela defesa.

Conferir à defesa técnica mais poderes no inquérito e outros procedimentos investigativos ou instrumentos técnicos próprios para produzir informação que possa vir a se contrapor ou a complementar as informações produzidas na fase preliminar é caminho inegociável se o objetivo é promover acordos justos.

Como dito acima, parte das inquietações que mobilizam o presente artigo é fruto da pesquisa intitulada “Fortalecendo vias para as alternativas penais: um levantamento nacional da aplicação do Acordo de não Persecução Penal no Brasil”.

Para entender como os acordos estavam ocorrendo na prática e observar aspectos organizacionais, normativos e a percepção de alguns atores do sistema de justiça, a pesquisa contou com uma pluralidade de métodos empíricos descritos minuciosamente no relatório (**Brasil**, 2023).

Três “achados” apontados no levantamento chamam atenção por estarem intrinsecamente relacionados ao exercício do direito de defesa: o tipo de defesa, a forma como defensores públicos realizam contato com as pessoas investigadas ou suspeitas e o poder de barganha da defesa técnica em face da proposta do Ministério Público. Vejamos cada um deles.

O referido levantamento realizou uma análise documental em 946 processos em que houve realização de ANPP. Em metade deles, a defesa era privada, a outra metade envolveu pessoas assistidas pela Defensoria Pública. Importa mencionar que, dentre aqueles em que está assinalado “defesa privada”, não é possível distinguir se se trata de defesa constituída ou dativa (**Brasil**, 2023, p. 106). Nesse último caso, o da defesa dativa, sabe-se que são profissionais nomeados na hora do ato, havendo pouca condição de se aprofundar no processo ou mesmo de produzir informações adicionais nele.

As informações contidas na Cartografia das Defensorias Públicas de 2023 adicionam um ingrediente preocupante a esse dado: no Brasil, cerca de 48% das comarcas não são cobertas pelos serviços das defensorias públicas estaduais, percentual que é de 73,8% no

caso das subseções não cobertas pela Defensoria Pública da União (**Esteves et al.**, 2023).

A deficiência estrutural de acesso à defesa técnica constitui um obstáculo importante na confecção de acordos justos, afastando a chance de o caso ser tratado de modo individualizado e com o tempo necessário de maturação.

O fator (falta de) “tempo” na análise prévia do acordo é apontado na literatura estrangeira (**Helm et al.**, 2018) como uma queixa comum das pessoas que realizam acordos. Trata-se do que se cunhou como “meet and plead system”, isto é, quando o encontro entre o advogado e a pessoa acusada se dá apenas instantes antes das negociações e da declaração de culpa.

Outro aspecto ressaltado na pesquisa citada é relativo à maneira como a defesa faz contato com os investigados ou acusados ou quais se propõe os acordos. Antes de seguir, porém, é preciso fazer uma ressalva: a pesquisa entrevistou apenas defensores públicos, razão pela qual, a consideração a ser feita aqui se restringe aos casos em que a defesa foi pública (cerca de 50% deles).

Em entrevistas, alguns defensores públicos informaram que fazem contato com o assistido via telefone ou WhatsApp, não considerando o encontro presencial como essencial ou fundamental para avaliar a pertinência de aceitar ou não o acordo. Outros defensores, entretanto, entendem que o encontro presencial é necessário para gerar um grau maior de compreensão sobre o que efetivamente está ocorrendo com a pessoa assistida (**Brasil**, 2023, p. 107). Embora não façamos aqui um julgamento sobre uma ou outra postura, é importante lembrar que existem evidências empíricas sobre o prejuízo à defesa e ao acusado em caso de contato não presencial, seja ou não em audiências (**Abath**, 2023). Portanto, é preciso refletir, além do tempo, também sobre o melhor formato dos encontros com o defensor antes da realização dos acordos.

Por fim e não menos importante, outro dado pontuado no Levantamento Nacional sobre o ANPP é a dificuldade concreta no que toca à ação de barganha da defesa técnica. Os defensores entrevistados informaram que os representantes do Ministério Público apresentam “propostas engessadas e demonstrariam pouca disposição para remodelá-las”, o que culmina em poucos espaços de barganha (**Brasil**, 2023, p. 128).

Dessa maneira, ao invés do cenário em que acusação e defesa compõem uma relação de negociação, fala-se numa espécie de “contrato de adesão”: ou se aceita ou se declina da proposta. “Se a justiça é negociada, você tem que negociar”, disse um membro da Defensoria Pública do estado do Sul ouvido pela pesquisa e a respeito da dificuldade que tem de modificar a proposta inicialmente feita pelo membro do Ministério Público.

Outro ponto a ser destacado em relação ao levantamento nacional do CNJ refere-se à padronização das obrigações impostas, já que há uma prevalência significativa da medida de prestação pecuniária, sugerindo pouco espaço para individualização e adequação das medidas e, justamente, de barganha por parte da defesa. Alguns juristas entrevistados alegaram que a fiscalização do cumprimento da prestação pecuniária é de fácil verificação, o que justifica o seu vasto uso (**Brasil**, 2023, p. 123).

Ocorre que a imposição generalizada desse tipo de medida apresenta um embaraço: muitas das pessoas que realizam o ANPP estão em situação de vulnerabilidade socioeconômica, tornando dificultoso o pagamento dos valores impostos, o que chegou a ser ressaltado por parte dos defensores ouvidos. Por outro lado, não existem critérios objetivos para a fixação dos valores, abrindo margem à violação aos princípios da isonomia e da proporcionalidade (**Brasil**, 2023, p. 125).

3. Conclusão

Evitar erros e injustiças constitui um dos principais objetivos do processo penal em um Estado Democrático de Direito. No que toca

à justiça negociada, esses riscos se elevam diante da renúncia a garantias processuais penais, o que pode vir a ser minorado se existe acesso a uma defesa técnica de qualidade.

No Brasil, o ANPP possui alguns pontos críticos já levantamentos em estudos teóricos e empíricos: a) a exigência da confissão, flexibilizando a garantia de não autoincriminação; b) a ampla discricionariedade conferida ao Ministério Público na oferta do acordo e de seus termos; c) a deficiência no acesso à defesa para uma parte dos réus brasileiros; d) baixa participação da defesa técnica na fase investigativa; e) dificuldade na etapa de negociação, com reduzida capacidade de barganha por parte da defesa técnica; f) uma incipiente compreensão sobre a importância da audiência de homologação como controle externo sobre os acordos.

Neste artigo, concentramo-nos no argumento em torno da necessidade de se garantir uma defesa técnica de qualidade para reduzir a margem de erros nos casos de ANPPs. Partindo de

discussões teóricas e de dados empíricos, concluímos que, nesse ponto, ainda precisamos caminhar bastante.

Primeiramente, não garantimos acesso universal à defesa técnica em todas as comarcas e subseções brasileiras, ficando precarizada a possibilidade de se realizar um acompanhamento com tempo e de modo individualizado. Em segundo plano, verificou-se que a defesa técnica não participa de modo efetivo da fase investigativa, não tendo como se contrapor, em regra, aos fatos apresentados pelo Ministério Público. Por fim, os acordos não são precedidos de verdadeira negociação entre as partes, restando pouco espaço para um contraponto à proposta ministerial.

Sendo assim, é fundamental que os atores do Sistema de Justiça estejam sensíveis a esse cenário, buscando alternativas para assegurar direitos à defesa de qualidade.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: os autores confirmam que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por este trabalho em sua

totalidade. **Declaração de originalidade:** o autor garante que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; ele também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplagio.

Como citar (ABNT Brasil)

ZARIF, M. T.; ALVES, B. S. Investigação defensiva nos crimes de tráfico de drogas: os desafios da Defensoria Pública e seus impactos processuais. *Boletim IBCCRIM*, v. 32, n. 381, 32-34, 2024. Disponível em: [https://](https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1113)

publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1113. Acesso em: 1 ago. 2024.

Notas

- 1 A denominação do que aqui tratamos como justiça penal negociada é objeto de intensos debates, mas que não poderão ser aqui desenvolvidos. Sobre esse ponto, ver: De-Lorenzi (2020).
- 2 Para uma síntese sobre esse debate, ver Schiatti Cruz e Monteiro (2024).
- 3 Para uma síntese sobre esse debate, ver Vasconcellos (2022, p. 88).
- 4 Sobre tal aspecto também existem intensos debates no campo teórico. Para uma síntese, conferir Daguer, Soares e Biagi (2021).
- 5 Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissidendo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do CPP.

- 6 Ao longo do Levantamento do CNJ (Brasil, 2023), verificou-se que em diversos estados a proposta do acordo é enviada por escrito ao investigado (via postal ou por e-mail), sendo a ele dado prazo para aceite ou não. Muitas vezes, essa proposta não é acompanhada da cópia integral do Inquérito Policial ou de outras peças informativas, contendo-se o Ministério Público com a apresentação de um resumo da acusação e das evidências até então colhidas.
- 7 No Brasil, a investigação defensiva não consta no CPP, estando prevista no Provimento 188 de 2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Merece ainda destaque o "Código Deontológico da Investigação Defensiva", elaborado pela Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas e publicado em abril de 2024. Sobre o tema, conferir Silva (2020).

Referências

ABATH, Manuela. Audiências de custódia por videoconferência: um caso bem-sucedido? *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, e2325, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202325>

ALKON, Cynthia. Plea bargaining as a legal transplant: a good idea for troubled criminal justice systems? *Transnational Law and Contemporary Problems*, College Station, v. 19, n. 2, p. 355-418, abr. 2010.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Fortalecendo vias para as alternativas penais: um levantamento nacional da aplicação do acordo de não persecução penal no Brasil*. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/lançamento-levantamento-anpp-1.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017*. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2024.

BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 3 jul. 2024.

BRASIL. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília: Presidência da República, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 3 jul. 2024.

DAGUER, Beatriz; SOARES, Rafael Junior; BIAGI, Talita Cristina Fidelis Pereira. A necessidade de confissão como requisito para o acordo de não persecução penal e as repercussões produzidas no processo penal e nas demais esferas do direito. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 1, p. 86-114, 2021. <https://doi.org/10.12957/redp.2022.58417>

DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça negociada e fundamentos do Direito Penal*: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

DUCE JULIO, Mauricio. Los procedimientos abreviados y simplificados y el riesgo de condenas erróneas en Chile: resultados de una investigación empírica. *Revista de Derecho*, Coquimbo, v. 26, e3845, 2019. <https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2019-0012>

ESTEVEZ, Diogo; ALCÂNTARA, Willian Magalhães; AZEVEDO, Júlio Camargo de; DUTENKEFER, Eduardo; GONÇALVES FILHO, Edilson Santana; JIOMEKE, Leandro Antônio; KASSUGA, Eduardo; LIMA, Marcus Edson de; MATOS, Oleno Inácio de; MENDONÇA, Henrique Guelber de; MENEGUZZO, Camylla Basso Franke; SADEK, Maria Tereza; SILVA, Franklyn Roger Alves; SILVA, Nicholas Moura e; TRAVASSOS,

Gabriel Saad; WATANABE, Kazuo. *Cartografia da Defensoria Pública no Brasil 2023*. Brasília: DPU, 2023. Disponível em: <https://pesquisanacionaldefensoria.com.br/download/cartografia-da-defensoria-publica%20-no-brasil-2023%20-ebook.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2024.

FAIR TRAILS. *Efficiency over justice*: Insights into trial waiver systems in Europe. Disponível em: <https://www.fairtrials.org/app/uploads/2022/01/TWSE-report.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2024.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Las reformas de los sistemas de justicia criminal latinoamericanos: ¿Modelos acusatorios, racioanilidad neoliberal? *Cadernos de Dereito Actual*, Santiago de Compostela, v. 20, p. 191-220, 2023. Disponível em: <https://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/945>. Acesso em: 3 jul. 2024.

HELM, Rebecca; REYNA, Valerie F.; FRANZ, Allison A.; NOVICK, Rachel Z.; DINCIN, Sarah; COURT, Amanda E. Limitations on the ability to negotiate justice: attorney perspectives on guilt, innocence, and legal advice in the current plea system. *Psychology, Crime & Law*, v. 24, n. 9, p. 915-934, 2018. <https://doi.org/10.1080/1068316X.2018.1457672>

LANGER, Maximo. Plea bargaining, trial-avoiding conviction mechanisms, and the global administration of criminal convictions. *Annual Review of Criminology*, v. 4, p. 377-411, 2021. <https://doi.org/10.1146/annurev-criminol-032317-092255>

MAIER, Julio; AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan. (Coord.). *Las reformas procesales penales en America Latina*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000.

SCHIATTI CRUZ, Rogério; MONTEIRO, Eduardo Martins Neiva. Acordo de não persecução penal (ANPP): aspectos gerais e observações sobre a confissão extrajudicial. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 10, n. 1, e907, 2024. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i1.907>

SILVA, Franklyn Roger Alves. A investigação criminal direta pela defesa – instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 41-80, 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.308>

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. As tendências de expansão da justiça criminal negocial em âmbito internacional: a barganha como instituto importado em convergências entre sistemas. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 76, p. 153-173, jan./mar. 2020.

Recebido em: 05 04 2024. Aprovado em: 24 05 2024. Última versão dos autores: 31 05 2024.

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: **Renato Stanziola Vieira**
1.ª Vice-Presidente: **Maria Carolina de Melo Amorim**
2.ª Vice-Presidente: **Vinicius de Souza Assumpção**
1.ª Secretária: **Raquel Lima Scalcon**
2.ª Secretário: **Bruno Shimizu**
3.ª Secretária: **Carina Quito**
1.ª Tesoureira: **Camila Torres Cesar**
2.ª Tesoureiro: **Antonio Pedro Melchior**
Diretoras Nacionais das Coord. Regionais e Estaduais:
Juliana Sanches Ramos
Luanna Tomáz de Souza
Fernanda Pascoal Valle Bueno de Castilho

CONSELHO CONSULTIVO

Marina Pinhão Coelho Araújo
André Nicolitt
Ester Judite Rufino
Felipe Cardoso Moreira de Oliveira
Cleunice Aparecida Valentim Bastos Pitombo
Marcos Alexandre Coelho Zilli

OUIDORA

Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado

BOLETIM IBCCRIM

ISSN (Impresso): 1676-3661 | ISSN (Eletrônico): 2965-937X

CONSELHO EDITORIAL: Ana Elisa Liberatore Silva Bechara (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP), Aury Lopes Jr. (Pontifícia Universidade Católica Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS), Juarez Cirino dos Santos (Universidade Federal do Paraná – UFPR – Curitiba/PR), Sérgio Salomão Shecaira (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP), Luis Fernando Niño (Universidad de Buenos Aires/Argentina), Vera Malaguti Batista (Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ – Rio de Janeiro/RJ) e Vera Regina Pereira de Andrade (Universidade Federal do Paraná – UFPR – Curitiba/PR).

COORDENADOR EDITORIAL: Willians Meneses (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM – São Paulo/SP).

EDITOR-CIENTÍFICO CHEFE: Fernando Gardinali (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP).

EDITORES(AS)-CIENTÍFICOS(AS) ASSISTENTES: Andrey Borges (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP); Gessika Christiny Drakoulakis (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP); Maíra Beauchamp Salomi (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP).

ASSISTENTE EDITORIAL: Bianca Ramos de Oliveira

ESTAGIÁRIA: Leidiane de Souza Cruz (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM – São Paulo/SP).

EXPEDIENTE EDITORIAL: IBCCRIM

CORPO DE PARECERISTAS DESTE NÚMERO: Camile Eltz de Lima (PUCRS – Pontifícia Universidade Católica de Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS); Caroline Braun (USP – Universidade de São Paulo – São Paulo/SP); Livia Yuen Ngan Moscatelli (USP – Universidade de São Paulo – São Paulo/SP); Henrique Abi Ackel Torres (UNIFENAS – Belo Horizonte/MG); Matheus Tauan Volpi (UFPR – Universidade Federal do Paraná – Curitiba/PR); Marcio Evangelista Ferreira da Silva (IESB – Instituto de Educação Superior de Brasília – Brasília/DF); Renata Costa (Defensoria Pública); Mariana Pinto Zoccal (UNESP – Universidade Estadual Paulista – Franca/SP); Mariana Borgheresi Duarte (Defensoria Pública do Estado de São Paulo); Franklyn Roger Alves Silva (UCAM – Universidade Cândido Mendes – Rio de Janeiro/RJ); Marcella Alves Mascarenhas Nardelli (UFJF – Universidade Federal de Juiz de Fora – Juiz de Fora/MG); André Augusto Salvador Bezerra (USP – Universidade de São Paulo – São Paulo/SP).

AUTORES(AS) DESTE NÚMERO: Maria Teresa Carneiro Santos Cintra Zarif (Defensoria Pública do Estado da Bahia – Salvador/BA); Bianca da Silva Alves (Defensoria Pública do Estado da Bahia – Salvador/BA); Rafael Ferreira Filippin (UFPR – Universidade Federal do Paraná – Curitiba/PR); Anderson de Andrade Bichara (Comunidade de Polícias de Américas – AMERIPOL – Colômbia); Agostinho Gomes Cascardo Junior (Universidade Aberta – Portugal); Franklyn Roger Alves Silva (UCAM – Universidade Cândido Mendes – Rio de Janeiro/RJ); Marta Saad (USP – Universidade de São Paulo – São Paulo/SP); Luciano Feldens (PUCRS – Pontifícia Universidade Católica de Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS); Denis Sampaio (Faculdade de Lisboa – Portugal); Manuela Abath Valença (UFPE – Universidade Federal de Pernambuco; Universidade de Pernambuco – UPE – Recife/PE); Vitória Cristina Gomes Santos (FVG – Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas – São Paulo/SP); Felipe José Aleksy Vicente Sales (UFPE – Universidade Federal de Pernambuco – Recife/PE); Alexandre Wunderlich (PUCRS – Pontifícia Universidade Católica de Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS).

IMAGEM DA CAPA: Honoré-Victorien Daumier (1808 – 1879): O defensor / Um processo Criminal

COMPOSIÇÃO DA CAPA: Willians Meneses, Harumi Visconti e Able Digital | Tel.: (11) 97426-3650 | E-mail: contato@abledigital.com.br

REVISÃO E PRODUÇÃO GRÁFICA: Gustavo Marcelino de Souza | Tel.: (16) 99763-7678

IMPRESSÃO: Eskenazi Indústria Gráfica | Tel.: (11) 98424-0654

DIVULGADORES | BASES DE DADOS INDEXADAS:



O Boletim do IBCCRIM circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas. O conteúdo dos artigos publicados expressa a opinião dos autores, pela qual respondem, e não apresenta necessariamente a opinião deste Instituto.

ENDEREÇO DO IBCCRIM:

Rua Onze de Agosto, nº 52, 6º andar, CEP 01018-010, S. Paulo/SP, Brasil.
Tel.: (11) 3111-1040 (tronco-chave)
www.ibccrim.org.br

