



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

RAFAEL CALDEIRA LINHARES DE SOUZA

**O MITO DA PARIDADE DE ARMAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E A
LEGITIMIDADE DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA COMO FORMA DE
CONTENÇÃO DO ENCARCERAMENTO EM MASSA**

**SANTA RITA
2020**

RAFAEL CALDEIRA LINHARES DE SOUZA

**O MITO DA PARIDADE DE ARMAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E A
LEGITIMIDADE DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA COMO FORMA DE
CONTENÇÃO DO ENCARCERAMENTO EM MASSA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Direito do Centro de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba
como exigência parcial para obtenção do título
de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Me. Gênesis Jácome Vieira
Cavalcanti

**SANTA RITA
2020**

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

S729m Souza, Rafael Caldeira Linhares de.

O mito da paridade de armas no processo penal brasileiro e a legitimidade da investigação defensiva como forma de contenção do encarceramento em massa / Rafael Caldeira Linhares de Souza. - João Pessoa, 2020. 89 f. : il.

Orientação: Gênesis Jácome Vieira Cavalcanti.
Monografia (Graduação) - UFPB/DCJ.

1. Investigação defensiva. 2. Processo penal. 3. Garantias processuais. 4. Paridade de armas. 5. Sistema penitenciário. I. Cavalcanti, Gênesis Jácome Vieira. II. Título.

UFPB/CCJ

RAFAEL CALDEIRA LINHARES DE SOUZA

**O MITO DA PARIDADE DE ARMAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E A
LEGITIMIDADE DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA COMO FORMA DE
CONTENÇÃO DO ENCARCERAMENTO EM MASSA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Me. Gênesis Jácome Vieira Cavalcanti

Banca Examinadora

Data da Aprovação: ____/____/____

Prof. Me. Gênesis Jácome Vieira Cavalcanti (Orientador)

Prof. Me. Eduardo de Araújo Cavalcanti (Avaliador)

Prof. Me. José Neto Barreto Júnior (Avaliador)

Dedico esse trabalho a todos e a todas que lutam diariamente por um país mais justo e humanizado, negando todo tipo de corrupção e amando ao próximo como a si mesmo(a).

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, digno de toda honra e toda glória, onipotente, onipresente e onisciente dos propósitos dessa vida. A Nossa Senhora, pela constante proteção e pelo consolo do colo de uma mãe sempre presente. A São Miguel Arcanjo, príncipe da milícia celeste, pela defesa no combate diário;

A João Faustino Caldeira, Cecília Agripino Carneiro, Antônio Arsênio de Souza, Nelsina Ribeiro Linhares, José Júlio Domingues e Maria Marta de Lima, pelos exemplos de firmeza, doçura, perseverança e amor, mas principalmente por terem feito as escolhas que deram origem à árvore genealógica da qual sou fruto;

A Maria do Rosário Caldeira, mulher de fibra e de força, que me gerou com amor inigualável e diariamente me acompanha do plano divino, sempre presente em minha memória e no meu coração, me inspirando a dar o meu melhor para ser digno de reencontrá-la em um abraço e viver eternamente ao seu lado;

A José Flávio, meu maior exemplo de homem, e a Marynara, por cada gesto de amor, carinho, afeto e cuidado, por construírem um lar harmonioso e exemplar, propício à formação do caráter humano e ético que são inerentes a mim, por todas as músicas e por todo o suporte no meu crescimento em estatura e sabedoria;

A Flavinho, por ser o melhor irmão que eu poderia ter, por todos os momentos de brincadeiras, companheirismo, ensinamentos e descobertas, por todas as piadas e momentos de descontração que foram essenciais para manter viva a criança que mora dentro de mim e por compartilhar o desejo de um futuro melhor para o Brasil;

A Camila Campos, minha doce e serena companheira, musa inspiradora dos meus sonhos e canções, pelo privilégio de sua companhia durante os anos de curso, da qual pretendo estender por toda a minha vida, e por sempre me encorajar a perseguir os desejos de meu coração em busca da felicidade e do amor;

A todos os tios, tias, primos e primas das famílias Caldeira, Linhares de Souza e Domingues que habitam em Minas Gerais e no mundo, por jamais terem permitido que a distância nos afastasse, sempre me acolhendo com ternura e amor incondicional, torcendo pelo meu sucesso e vibrando com as minhas conquistas;

Aos meus amigos e amigas, família que escolhi ao longo da estrada da vida, por cada momento especial vivido, por cada história escrita, pelo apoio nos momentos de necessidade, pelas celebrações de nossa amizade e pelas confidências de tudo aquilo convencionado para ser guardado em nossos corações;

Aos(às) colegas de curso, que também se enquadram no rol acima disposto, mas merecem especial menção, minha eterna gratidão por termos superado os desafios do Direito sem desanimar, sendo agora irmãos e irmãs profissionais, dos quais jamais quero perder o contato e me coloco à disposição para futuras parcerias;

Aos advogados e advogadas que fizeram parte de minha formação prática, especialmente Diego Cazé, Gustavo Botto e Eduardo Cavalcanti, irmãos de batalha que me ensinaram a jamais fugir da luta nas trincheiras da advocacia criminal e a enxergar o lado humano do acusado no duríssimo páreo do processo penal;

A Gênese Cavalcanti, que, apesar da inevitável alusão do nome ao livro que dá início à Bíblia, chegou ao fim de minha jornada acadêmica, mas a tempo de ser meu guia condutor da presente pesquisa, sempre paciente, solícito e disposto a dar o seu melhor, sendo ainda exemplo de integridade e fidelidade à justiça social;

A todos os mestres e mestras que acompanharam a minha vida estudantil, da educação infantil, do ensino fundamental, do ensino médio, de demais cursos/palestras e da formação nessa nobilíssima instituição de ensino superior, por terem logrado êxito na formação de meus valores críticos e dogmáticos;

Ao Centro Acadêmico Manoel Mattos, do qual integrei as gestões “Um passo à frente” (2015 - 2016), “O trabalho não para” (2016 - 2017) e “Um passo a mais” (2017 – 2018), ao Movimento Enfrente, feito para e pelo DCJ, ao Núcleo de Apoio ao Estagiário da OAB/PB, do qual fui Secretário-Geral, ao IDCC e ao NUMESC;

À Universidade Federal da Paraíba e seus(suas) servidores(as), com especial menção ao Departamento de Ciências Jurídicas, lugar de paz e tranquilidade que aprendi a cuidar e a amar, do qual tive o prazer de ser monitor e espero ter a honra de retornar como docente para retribuir tudo aquilo que foi feito por mim;

A todos os brasileiros e brasileiras que contribuíram com o suado dinheiro de seus impostos para o financiamento de minha formação no ensino superior, com educação pública de qualidade: saibam que jamais pouparei esforços no exercício de minhas atribuições para ajudar na construção de um país melhor e mais justo.

Por fim, gostaria de registrar que se cheguei até aqui, foi por causa da contribuição de cada um e cada uma que passou em minha vida, que levarei sempre na memória. Saibam que se eu escrevesse a quantidade de páginas do presente trabalho para agradecer-los(as), ainda assim não seria suficiente. Muito obrigado!

RESUMO

O presente trabalho possui como objetivo realizar uma análise crítica sobre três principais pontos: o sistema carcerário nacional, as garantias do processo penal brasileiro e a prática da investigação defensiva. Sob a égide da dicotomia ser/dever ser, cada uma das vertentes é apresentada com base em estudo da história do Poder Judiciário brasileiro, de correntes doutrinárias, de decisões judiciais e da prática forense da advocacia criminal. Como objetivos específicos, há comparação de dados oficiais do governo, apresentação das garantias dos princípios e análise da legitimidade da investigação feita pela defesa. Por meio de metodologia de pesquisa exploratória, há um compilado do levantamento bibliográfico, jurisprudencial e documental feito, que aprofunda as discussões sobre o tema. Dividido em uma estrutura de três capítulos principais que se capilarizam em tópicos, o estudo apresenta ao(à) leitor(a) uma narrativa direta e concisa, sem qualquer tipo de divagações, com a demonstração da realidade vivenciada por milhões de brasileiros e brasileiras que sofrem com o cárcere ou com injustiças processuais. A investigação defensiva é apresentada como uma forma de assegurar a aplicação dos direitos do indivíduo no processo, já que contribui para o equilíbrio entre acusação e defesa, com base no princípio da paridade de armas. Além disso, vale ressaltar que a investigação defensiva representa controle da legalidade da atuação dos agentes públicos encarregados da investigação ordinária, contribuindo para uma melhor instrução processual, que por sua vez diminui as chances de erros judiciais que submetem sujeitos de direitos a tratamento degradante e desrespeitoso. Diante dessa realidade, o aprimoramento constante das técnicas defensivas tende a tornar o Judiciário cada vez mais humanizado, coibindo suas vicissitudes e erradicando as suas mazelas que agravam o falido Sistema Penitenciário Nacional.

Palavras-chave: investigação defensiva; processo penal; garantias processuais; paridade de armas; sistema penitenciário.

ABSTRACT

The present work aims to carry out a critical analysis on three main points: the national prison system, the guarantees of the Brazilian criminal process and the practice of defensive investigation. Under the aegis of the dichotomy to be / should be, each aspect is presented based on a study of the history of the Brazilian Judiciary, of doctrinal currents, of judicial decisions and of the forensic practice of criminal law. As specific objectives, there is a comparison of official government data, presentation of the guarantees of the principles and analysis of the legitimacy of the investigation carried out by the defense. Through an exploratory research methodology, there is a compilation of the bibliographic, jurisprudential and documentary survey done, which deepens the discussions on the theme. Divided into a structure of three main chapters that are capillarized in topics, the study presents the reader with a direct and concise narrative, without any kind of ramblings, with the demonstration of the reality experienced by millions of Brazilians who they suffer from prison or procedural injustices. Defensive investigation is presented as a way to ensure the application of the individual's rights in the process, as it contributes to a balance between prosecution and defense, based on the principle of arms parity. Furthermore, it is worth mentioning that defensive investigation represents control of the legality of the performance of public agents in charge of ordinary investigation, contributing to a better procedural instruction, which in turn reduces the chances of judicial errors that subject subjects of rights to degrading and disrespectful treatment. In view of this reality, the constant improvement of defensive techniques tends to make the Judiciary increasingly humanized, curbing its changes and eradicating its ills which aggravate the failed National Penitentiary System.

Key-words: defensive investigation; criminal proceedings; procedural guarantees; parity of arms; prison system.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 O SISTEMA CARCERÁRIO NACIONAL E SUAS VICISSITUDES.....	15
2.1 BASES DO SISTEMA PUNITIVO.....	15
2.2 DADOS REAIS DO CÁRCERE.....	21
2.2.1 Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Relatório de 2017.....	23
2.2.2 Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Relatório de 2019.....	27
2.2.3 A realidade carcerária paraibana: visita do Conselho Estadual de Direitos Humanos da Paraíba ao “Presídio do Roger” em 2016.....	29
2.3 REFLEXÕES CRÍTICAS.....	32
3 O PROCESSO PENAL BRASILEIRO E SUAS GARANTIAS.....	36
3.1 PRINCÍPIOS NORTEADORES.....	37
3.1.1 A dignidade da pessoa humana e o devido processo legal.....	39
3.1.2 O contraditório e a ampla defesa.....	41
3.1.3 A presunção de inocência.....	44
3.1.4 A intranscendência da pena.....	46
3.1.5 A vedação da prova ilícita.....	49
3.1.6 O <i>in dubio pro reo</i>	50
3.2 A PARIDADE DE ARMAS E O “NOVÍSSIMO PROCESSO PENAL”	52
4 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA.....	59
4.1 BASES PARA O PLENO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA.....	64
4.2 A LEGITIMIDADE DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NA PRÁTICA COTIDIANA.....	66
4.3 DA NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO LEGISLATIVA.....	74
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	78
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	81

1 INTRODUÇÃO

Em um Estado Democrático de Direito, o processo é uma forma de instrumentalização do direito material. Por meio dele, o Poder Judiciário, detentor da Jurisdição, deve buscar a aplicação da melhor solução para cada caso concreto, com base no arcabouço das Leis e das demais fontes do Direito, como a jurisprudência, os princípios gerais e os costumes. Contudo, ao tratarmos especificamente sobre o processo penal, cabe aos operadores do direito que o viabilizam observar com atenção especial a forma e o procedimento de seus atos, uma vez que o resultado final pode ser o cerceamento da liberdade de um indivíduo. Do mesmo modo, tais cuidados devem ser estendidos aos processos administrativos com poder sancionatório, como medidas assecuratórias e até mesmo prisões temporárias e preventivas.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 elencou uma série de garantias e princípios norteadores que servem como referência para uma atuação ideal daqueles e daquelas que compõem tais procedimentos, respeitando a dignidade da pessoa humana e buscando a eficiência da aplicação das leis pátrias. Desse modo, é preciso cautela para inferir a alguém o encargo de responder a um processo penal, quiçá o fardo de uma execução de pena. Após todos os ônus da investigação, que culminará na prova da inocência ou da culpa, ainda que haja indícios mínimos de que foi o(a) investigado(a) que realizou o ilícito, deve haver a completa descrição da causa ou forma de agir e ainda a mínima demonstração de vantagem ilícita auferida com aquele ato ilegal, seja financeira, como nos crimes contra o patrimônio, ou de satisfação da lascívia, como no caso dos crimes contra a dignidade sexual. Isto posto, é imperioso ressaltar o fato de que um processo investigativo só é válido se respeitar a dignidade da pessoa humana e os demais princípios inerentes ao devido processo legal. Do contrário, o ato prévio do processo judicial estará eivado de nulidades, contaminando os atos posteriores derivados da base inepta.

Em que pese a quantidade de princípios garantidores de um processo justo e humanizado, reforçada pela Constituição conhecida como “cidadã” e endossada pelo fato do Brasil ter aderido a tratados internacionais como o Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), há, na prática,

situações de vilipêndio aos direitos humanos, conforme apregoa Giuseppe Tosi¹, em comentários sobre os estudos de Norberto Bobbio:

Um dos paradoxos centrais dos direitos humanos na contemporaneidade reside justamente no contraste entre o movimento de universalização, multiplicação e especificação crescente das solenes declarações e o aumento generalizado das violações e do desrespeito aos mesmos. O Brasil é, infelizmente, ainda um claro exemplo disso. (TOSI, 2016, p.116)

Com isso, percebe-se que o preciosíssimo bem jurídico da liberdade é violado assim como era no passado, antes de todas as lutas sociais para a instauração do modelo democrático e de uma forma de Estado Republicano. No cotidiano jurisdicional do país, é possível encontrar casos reais que feriram tão gravemente essa garantia, apontando, assim, o quanto o Estado (no caso, através do Poder Judiciário) pode ser passível de erros, tornando-se um verdadeiro promotor de injustiças, ao invés de curador e guardião dos maiores bens da sociedade. Um erro estatal em decisão judicial é algo grave, pois o(a) magistrado(a) possui “palavra final”, via de regra, sobre os outros poderes. Com isso, na esfera cível e trabalhista, por exemplo, o requerente ou o requerido podem sofrer danos de natureza pecuniária, de modo que reste inviável a continuidade da empresa ou do vínculo empregatício, ou ainda do montante que lhe era devido receber, em caso de empregado que pleiteia valores referentes ao seu período laboral. Porém, esse erro se agrava quando se trata da esfera penal.

A liberdade é considerada um dos principais bens jurídicos do cidadão, apenas podendo ser cerceada ou limitada em decorrência de ato ou conduta indevida por parte do mesmo, restando ao Estado a incumbência de eximir qualquer dúvida acerca dessa responsabilização. Com isso, o indivíduo tem o direito a uma investigação imbuída dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, não podendo ser preso preventivamente ou condenado em definitivo sob cerceamento de defesa. Tendo em vista essa realidade, é consolidado pelos Tribunais Superiores o entendimento de que a mera prisão indevida por parte do Estado já acarreta em diversos danos ao coagido. Fatores como exposição midiática, agressões, tratamento degradante e falta de assistência jurídica contribuem para agravar o quadro, uma vez que maximizam o dano psicológico e

¹ Docente dos programas de pós-graduação em Filosofia e em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas da Universidade Federal da Paraíba, possuindo pós-doutorado em Teoria e História dos Direitos Humanos pela Universidade de Florença (2005) e Camerino (2012).

existencial. Sendo assim, o Estado deverá ser responsabilizado civilmente e obrigado a reparar os prejuízos imateriais imputados injustamente ao indivíduo quando não cumprir com seu dever legal de impedir a consumação do dano ou for o principal promotor da injustiça propriamente dita.

Diante dessa realidade, percebe-se que os problemas relacionados ao Poder Judiciário como a morosidade e os erros nos julgamentos são causa e consequência de outros fatores negativos, como a falta de instrução ideal nos processos (causa) e a superlotação das cadeias (consequência), que instaurou a crise no Sistema Penitenciário Nacional. Os dados oficiais que serão expostos adiante corroboram com tal narrativa, uma vez que o ideal de ressocialização da pessoa considerada criminosa fica prejudicado quando não há estrutura física e material para abrigar aqueles e aquelas que se encontram sob custódia estatal, com a sua liberdade cerceada. Para atenuar essa situação, a doutrina e jurisprudência têm apontado a importância de uma defesa técnica, capaz de representar com dignidade e eficiência o(a) acusado(a) durante toda a instrução probatória. Percebe-se que a investigação defensiva tem sido alvo de pesquisas, trazendo para o cenário judicial instituto que viabiliza a paridade de armas (ainda que o Estado atue como investigador, acusador e julgador), bem como representa um controle da legalidade no que tange a eventuais excessos dos agentes públicos encarregados da investigação oficial, que no Brasil, em regra, serve para subsidiar a acusação. Logo, é mais um mecanismo de defesa do cidadão, com base nos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Portanto, tal modalidade de atuação da advocacia já é exercida cotidianamente e consiste na obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito para a tutela de direitos do(a) constituinte. A atuação do(a) advogado(a) na condução da investigação defensiva deve observar o estrito cumprimento do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94), respeitar o sigilo da fonte, privacidade, intimidade, honra e imagem das pessoas e ser pautada na ética, no zelo e no respeito às instituições. Recentemente, em dezembro de 2018, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil publicou o Provimento nº 188, que regula administrativamente a questão, com base em normas internacionais e nacionais que permitem o exercício da prática da investigação defensiva. Diante dessa realidade, tendo em vista que a participação ativa da defesa contribui para amenizar os problemas elencados, a pergunta que moveu o presente trabalho se

delineou da seguinte forma: como a investigação defensiva pode contribuir para a consolidação de um processo penal mais justo e equilibrado?

O objetivo geral da pesquisa, portanto, é analisar de que modo a ampla aplicação do referido instituto representaria melhores instruções processuais e contribuiria, com isso, para a mudança paulatina do cenário nacional de encarceramento em massa. Quanto aos objetivos específicos, o trabalho visa expor o cenário do sistema prisional brasileiro, com comparação de dados oficiais para tecer uma análise crítica de como isso é refletido na sociedade; apresentar o processo penal sob a ótica garantista dos princípios, com enfoque na paridade de armas como uma proteção da pessoa acusada frente às inovações ilegais que visam condenar e encarcerar; e aprofundar as bases legítimas da investigação defensiva, demonstrando a necessidade de regulamentação legislativa da matéria.

A justificativa da necessidade de escrever sobre o tema se deu a partir da observação, na prática, de problemas que ultrapassaram o mundo jurídico e se tornaram questões de ordem pública e relevância nacional, tais como a quantidade de processos criminais mal instruídos por falta de defesa técnica, as constantes inovações negativas oriundas de ilações acusatórias e do ativismo judicial, o gritante encarceramento em massa e o vilipêndio contínuo dos direitos humanos das pessoas encarceradas.

O contato com a advocacia criminal por meio de estágio em escritório, orientado por profissionais exemplares e comprometidos com a ética, despertou o anseio de contribuir para a efetivação da justiça nos moldes legais, em meio a tempos nos quais se faz necessário afirmar e defender o óbvio, como as garantias processuais que visam assegurar a dignidade da pessoa humana. Logo, o aprendizado profissional potencializou a consciência de que o bom uso das ciências criminais contribui para a correção dos problemas acima elencados.

Quanto à metodologia e à classificação da pesquisa, tendo como base as lições de Antonio Carlos Gil², foi feito um levantamento bibliográfico de diversas fontes acadêmicas, judiciais e governamentais, com análise minuciosa de entendimentos de autores(as) e julgadores(as), de artigos científicos, monografias e decisões judiciais em casos reais, de modo a propiciar a profunda reflexão que deu desenvolvimento ao tema. A pesquisa exploratória, portanto, foi efetuada por meio

² GIL, Antonio Carlos. Métodos e técnicas de pesquisa social - 6. ed. - São Paulo : Atlas, 2008.

de diligências a bibliotecas, acesso a sites governamentais, jurídicos e bancos acadêmicos de teses dissertações e monografias e leitura de artigos, livros e boletins periódicos, como os do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), de modo a levantar informações sobre o tema, identificar os problemas e formular soluções.

No primeiro capítulo, será abordada a consequência principal do grande encarceramento e das falhas do sistema processual penal: a superlotação dos presídios, que acarreta em diversos problemas sociais. Serão apresentados e comparados dados oficiais do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, publicados por relatórios analíticos para traçar um panorama da situação nacional, ao passo que será feita uma análise das bases do sistema punitivo e o tratamento dispensado às pessoas condenadas ao longo dos anos.

O segundo capítulo, por sua vez, apresentará o processo penal brasileiro sob uma dicotomia entre o ideal e a realidade, entre o que deveria ser e entre o que é, de fato. Serão expostos e explorados os princípios constitucionais e processuais que orientam a atuação de cada um dos agentes processuais e deveriam ser seguidos, sob a ótica de doutrinadores e julgadores. Além disso, será posto o modo pelo qual o processo penal tem sido utilizado hodiernamente, com base em relatos práticos das dificuldades que a advocacia criminal tem encontrado no exercício de suas prerrogativas em defesa da constituição e da justiça.

Por fim, o terceiro capítulo elucidará o conceito e o contexto da investigação realizada pelo causídico no tocante à sua aplicação, como forma de equilibrar o processo marcado justamente pela diferença de tratamento conferido à acusação e à defesa. Do mesmo modo, versará sobre a necessária elaboração de Lei específica que regule a matéria para consolidar e perpetuar a prática em nosso país, ao mesmo tempo em que será analisado o provimento 188/2018 da Ordem dos Advogados do Brasil, primeiro passo dado para a concretização da investigação defensiva nacional.

2 O SISTEMA CARCERÁRIO NACIONAL E SUAS VICISSITUDES

2.1 BASES DO SISTEMA PUNITIVO

A consolidação das civilizações está profundamente atrelada ao processo de formação e transformação do direito. A união de elementos como território, povo e soberania deu origem aos Estados como entes responsáveis por administrar as relações interpessoais de seus constituintes. O surgimento dos conflitos oriundos das constantes interações gerou a necessidade de regulamentação do convívio social e da eleição de valores e princípios, que norteariam a classificação das condutas pessoais como aceitáveis e inaceitáveis. Como complementação, para uma conduta intolerável, deveria ser arbitrada uma punição compatível àquela determinada ofensa ao bem jurídico violado. Sendo assim, é possível inferir que a sociedade humana, ao longo dos séculos, organizou um sistema imperioso e poderoso de resolução de conflitos e violações de direitos. Cabia ao Estado, portanto, o poder e o dever de dizer o direito nos casos em que houvesse qualquer desvio de conduta esperada e exigida para a população geral.

Ao longo dos séculos, portanto, em uma ideia de formação de jurisdição, à luz do senso comum de cada época, os litígios eram levados à presença de um terceiro imparcial cuja incumbência era dar a melhor elucidação para o caso concreto. Michel Foucault, em sua obra “Vigiar e Punir”, que se tornou uma obra clássica e indispensável ao estudo da criminologia, dá enfoque ao processo de mitigação das penas atribuídas ao infrator da lei, esmiuçando o lento processo de humanização da punição até o entendimento de ressocialização do criminoso que vigora nos dias de hoje. Em uma análise inicial da obra, surge no leitor dos tempos contemporâneos a sensação de aversão ao se deparar com a narrativa do suplício do corpo dos condenados e da ostentação do processo público de expiação dos crimes. Logo de início, é trazido o caso de Damiens, que havia sido condenado no ano de 1757 pela acusação de assassinar o seu próprio pai. A execução da pena, cheia de simbolismos, se deu em praça pública, acompanhada pela população, por representantes do poder religioso e comissários do Estado, por meio de um pedido público de desculpas em frente à Igreja de Paris seguido de lento e doloroso processo de tortura, culminando na inevitável morte que serviu para expiar os

pecados daquela alma amaldiçoada e saciar o anseio popular por justiça (FOUCAULT, 2014).

Ainda do mesmo século é trazido um exemplo de regulamento para a “Casa dos jovens detentos em Paris”, cuja leitura atenta da fria e calculista rotina do estabelecimento prisional imiscui o leitor em uma situação de extrema constrição e desconforto vivida pelos menores infratores, que cotidianamente eram submetidos a movimentos limitados e automáticos que os desumanizavam e retiravam deles o pouco que lhes restava além da inteireza de suas funções corporais vitais: sua sanidade mental. A natural sensação de aversão às espécies de suplício apresentadas nos remete à concordância com a conclusão do autor:

Apresentamos exemplo de suplício e de utilização do tempo. Eles não sancionam os mesmos crimes, não punem o mesmo gênero de delinquentes, mas definem bem, cada um deles, um certo estilo penal. Menos de um século medeia entre ambos. É a época em que foi redistribuída, na Europa e nos Estados Unidos, toda a economia do castigo. É época de grandes “escândalos” para a justiça tradicional, época dos inúmeros projetos de reformas; nova teoria da lei e do crime, nova justificação moral ou política do direito de punir; abolição das antigas ordenanças, supressão dos costumes; projeto ou redação de códigos “modernos”: Rússia, 1769; Prússia, 1780; Pensilvânia e Toscana, 1786; Áustria, 1788; França, 1791, Ano IV, 1808 e 1810. Para a justiça penal, uma nova era. (FOUCAULT, 2014, p. 13)

Conforme narrou o autor, cada época teve suas próprias leis, “utilizando os mais variados métodos de punição”. Ao longo da Idade média³, conforme suscitado, a violência física preponderava no momento de punir aquele que havia transgredido as normas de convívio social. Contudo, ao decorrer dos anos, com o surgimento de ideais humanitários, as penas foram mitigadas, no enfoque de recuperação e reintegração dos delinquentes na sociedade. Com base nessas ideias, se faz necessário traçar um paralelo com o surgimento das prisões, teoricamente criadas para disciplinar o indivíduo delinquente, mas utilizadas ao longo dos tempos como verdadeiro mecanismo de controle e segregação social. No tratado “Dos delitos e das penas”, Cesare Beccaria afirma:

A prisão não deveria deixar nota alguma de infâmia sobre o acusado cuja inocência foi juridicamente reconhecida. Entre os romanos, quantos cidadãos não vemos, acusados anteriormente de crimes hediondos, mas em seguida reconhecidos inocentes, receberem da veneração do povo os primeiros cargos do Estado? Por que é tão diferente, em nossos dias, a

³ Período histórico compreendido entre o século V e o século XV.

sorte de um inocente preso? É porque o sistema atual da jurisprudência criminal apresenta aos nossos espíritos a ideia da força e do poder, em lugar da justiça; é porque se lançam, indistintamente, na mesma masmorra, o inocente suspeito e o criminoso convicto; é porque a prisão, entre nós, é antes um suplício que um meio de deter um acusado; é porque, finalmente, as forças que defendem externamente o trono e os direitos da nação estão separadas das que mantêm as leis no interior, quando deveriam estar estreitamente unidas. (BECCARIA, 2015, p. 30-31)

Em consonância com a linha de raciocínio do histórico criminalista supracitado, em sede do prefácio da obra “Prisões e medidas cautelares à luz da Constituição”, de Thiago Minagé, Rubens Casara⁴ apregoa:

Ao longo da história, a prisão sempre foi utilizada como forma de controle social. Não é de hoje que o encarceramento de parcela significativa da população funciona como uma das principais estratégias de contenção das populações indesejadas (daqueles que Bauman chamou de “consumidores falhos”, por não interessarem à sociedade do consumo). Sublinhe-se que o processo de democratização formal do Estado brasileiro, apesar das expectativas geradas, em especial no que se refere à proteção dos direitos humanos, não foi capaz de solucionar os graves problemas sociais ou de romper com a tradição autoritária que acompanha a nossa sociedade. Não por acaso, o Brasil, país de capitalismo tardio e marcado por forte desigualdade social, tem a terceira maior população carcerária e um dos maiores contingentes de presos provisórios do planeta. Diante das justificadas demandas da população brasileira, a classe dirigente, incentivada pelos meios de comunicação de massa, apresenta uma única resposta aos mais variados problemas sociais: a repressão penal. O encarceramento passa a ser a resposta preferencial aos desvios etiquetados como crimes (criminalização primária) e que acabam selecionados à persecução penal (criminalização secundária). Vivencia-se, então, o fenômeno da construção de um Estado Penal. (CASARA, in MINAGÊ, 2016, p. 11-12)

Nesse sentido, tendo em vista que há uma tendência contínua de acumular privilégios e poder em uma pequena parcela social, em detrimento da maior parte do povo miserável e fraco (BECCARIA, 2015), ainda no tocante ao surgimento das penas, Aury Lopes Jr. faz uma análise que leva à sua relação com o desenvolvimento do processo ao longo dos séculos:

Existe uma íntima relação e interação entre a história das penas e o nascimento do processo penal, na medida em que o processo penal é um caminho necessário para alcançar-se a pena, e, principalmente, um caminho que condiciona o exercício do poder de penar (essência do poder punitivo) à estrita observância de uma série de regras que compõe o devido processo legal (ou, se preferirem, são as regras do jogo, se pensarmos no

⁴ Juiz de direito do TJ/RJ, Doutorando em Direito pela UNESA/RJ, Mestre em Ciências Penais pela UCAM/ICC, Coordenador de Processo Penal da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, vice-Presidente do Fórum Permanente de Direitos Humanos da EMERJ, Professor de Processo Penal do IBMEC/RJ e membro da Associação Juízes para a Democracia (AJD).

célebre trabalho *Il processo come giuoco* de CALAMANDREI). Esse é o núcleo conceitual do ‘Princípio da Necessidade’. Como explica ARAGONESES ALONSO, pode-se resumir a evolução da pena da seguinte forma: inicialmente a reação era eminentemente coletiva e orientada contra o membro que havia transgredido a convivência social. A reação social é, na sua origem, basicamente religiosa, e só de modo paulatino se transforma em civil. O principal é que nessa época existia uma vingança coletiva, que não pode ser considerada como pena, pois vingança e pena são dois fenômenos distintos. A vingança implica liberdade, força e disposições individuais; a pena, a existência de um poder organizado. (LOPES JUNIOR, 2017, p. 33)

Gênesis Cavalcanti⁵, em sua dissertação “A crise estrutural do capital e o encarceramento em massa”⁶, tece considerações importantes acerca do tema. O autor afirma que o cárcere como pena é produto do modo de produção capitalista, bem como que a prisão é uso do direito penal para controle social, excluindo do convívio grupos vulneráveis simplesmente rotulados como “indesejados” ou “domesticando” uma classe de pessoas de acordo com os anseios e caprichos da classe dominante:

Desse modo, percebe-se, mais uma vez, o paralelo entre essas instituições e as funções declaradas das nossas atuais penitenciárias. A transformação de um pedinte em um proletário produtivo funciona como a prevenção especial positiva; ou seja: a correção do detido na instituição para quando fosse liberto, se transmutasse num trabalhador domesticado. Ao pretenderem que essa instituição tivesse um caráter intimidatório para quem estava ‘liberto’, temos a prevenção geral negativa da pena. No entanto, é necessário frisar, que tanto naquela época como nos dias atuais, as funções declaradas não são as efetivamente desempenhadas, além de se constituírem, frequentemente, em grandes dissimulações, destinadas a esconder as verdadeiras funções da pena de privação de liberdade. (CAVALCANTI, 2019, p. 36)

Sendo assim, o problema encontra-se na generalização do encarceramento de determinados grupos, que serão expostos nos tópicos posteriores, gerando um perigoso padrão estereotipado do “criminoso”, servindo para alimentar preconceitos e discriminações sociais, com base no “Direito Penal do inimigo”, conforme suscitado por Alexandre Morais da Rosa:

Surge a tendência rumo ao Direito Penal do Inimigo, baseada no fomento de perigosismo generalizado impregnado no imaginário coletivo que

⁵ Mestre em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas pela Universidade Federal da Paraíba, com área de concentração em Políticas Públicas e Direitos Humanos; professor do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba; e orientador do presente trabalho.

⁶ Dissertação de mestrado apresentada em abril de 2019 ao Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas do Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes da Universidade Federal da Paraíba

demanda, assim, por segurança. Abre-se caminho para que Jakobs, fundamentado retoricamente no contrato social possa defender que o *inimigo* seria aquele que rompeu com as regras contraídas, justificando a visão de não membro e, por via de consequência, a intervenção penal busca evitar os perigos que ele representa, podendo, assim, o Estado restringir para o *inimigo* as normas – garantias – conferidas ao cidadão. A Defesa Social e o direito penal do autor retornam, sob nova fachada. Estabelecida a distinção entre *cidadão* e *inimigo*, para estes, na defesa dos bons cidadãos, deve-se, para Jakobs, restringir as garantias penais e processuais, por isso *Direito Penal do Inimigo*. (ROSA, 2017, p. 101-102)

Ora, tal panorama histórico, ainda que brevemente traçado, traz a noção de como o sistema penal passou das “casas de detenção” às prisões modernas, se reinventando e incorporando, na teoria, noções que anteriormente sequer eram cogitadas, como a necessidade da instauração de um devido processo legal e da criação da fase de instrução antecessora à fase de execução da pena. Nesse sentido, hodiernamente, o ordenamento jurídico do Brasil vigora sob a égide da Constituição Federal de 1988, que irradia legitimidade e estabelece diretrizes para o convívio social. Tal convívio, assim como no início da civilização, está pautado em regras. Logo, o modo pelo qual entes públicos e privados e pessoas naturais e jurídicas se relacionam está atrelada à observância de um conjunto de procedimentos determinados e pré-estabelecidos:

O processo penal deve se constitucionalizar, ser lido à luz da Constituição. Logo, ele funciona como um termômetro dos elementos autoritários ou democráticos da Constituição. O processo deve se democratizar e ser “constituído” a partir da Constituição. (LOPES JUNIOR, 2017, p. 52)

A Assembleia Nacional Constituinte de nossa Carta Magna buscou positivar os ideais do Estado Liberal em função das necessidades do Estado Social. Esse marco histórico da democracia brasileira significou a garantia de direitos fundamentais, como a liberdade de pensamento e expressão. Na área da saúde, por exemplo, foi criado o SUS (Sistema Único de Saúde). A educação passou a ser dever do Estado. O pleno acesso à cultura foi determinado, bem como a proteção das manifestações tipicamente nacionais, como a indígena, a popular e a afro-brasileira. Com isso, garantias individuais foram estabelecidas e princípios gerais e imutáveis foram promulgados. Na área do Direito Penal, surge o ideal de humanizar o processo e reforçar a dignidade da pessoa humana durante toda a sua tramitação, endossando o que ficou consignado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, organizada pela ONU (Organização das Nações Unidas) em 10

de dezembro de 1948 e na Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, promovida pela OEA (Organização dos Estados Americanos) em 22 de novembro de 1969. Para além disso, também são levados em consideração o Código Penal e o Código de Processo Penal, ambos recepcionados pela Constituição, já que foram promulgados em 1940 e em 1941, respectivamente, estando em pleno vigor.

Contudo, apesar de contar com vasto arcabouço legislativo específico e amplo leque de garantias principiológicas, o sistema judiciário brasileiro não representa na prática o resultado esperado. O devido processo legal, por vezes, tramita de modo temeroso e já representa, por si só, um suplício para quem está no polo passivo contra um Estado falho, que por mais que tenha passado por todo o processo de transformação em matéria penal narrado por Foucault é leniente e permissivo com a gritante e velada existência de execuções de pena desumanizadoras, que em nada correspondem aos ideais de ressocialização e respeito aos direitos humanos.

Acerca do cumprimento de pena, nosso arcabouço legislativo é categórico ao estabelecer princípios penais e processuais penais para reger essa execução de sentença. Contudo, ultimamente temos observado inúmeras relativizações de nosso código repressivo e seus princípios, através de decisões judiciais, autoritarismos de órgãos, investigações sem escrúpulos ou sem controles e principalmente no que diz respeito à interpretação e às aplicações⁷ das leis.

Mediante a realidade de nosso país, bem como o momento de questionamentos relacionados à efetivação dos direitos garantidos com a redemocratização nacional, é imperioso ressaltar o que prega e afirma categoricamente o nosso ordenamento legal, de modo a reiterar que a não-observância da Constituição é a principal responsável pelo cenário de insegurança jurídica que atravessamos. Neste diapasão, sobressai o seguinte questionamento, ao destinar o olhar para o contexto punitivo atual: nosso sistema penitenciário é eficaz e cumpre o seu papel ressocializador?

⁷ A palavra “aplicações” foi propositalmente escrita no plural, uma vez que temos Tribunais Superiores criando precedentes contrários às próprias decisões recentes, gerando cenário de instabilidade, como na discussão da matéria sobre a possibilidade de cumprimento antecipado da pena após uma condenação em segunda instância.

2.2 DADOS REAIS DO CÁRCERE

Conforme posto, nosso Estado é consagrado por uma Carta Constitucional que preza pelos direitos individuais e sociais, enfatizando a proteção à dignidade da pessoa humana. Neste diapasão, busca-se regular a atuação penal, tendo em vista, especialmente, a valoração do direito à liberdade. Entretanto, na prática, o Brasil é o terceiro país que mais encarcera no mundo, estando atrás, apenas, dos Estados Unidos e da China. Por si só, esse fato é causa e consequência de inúmeros problemas sociais vividos diariamente, como superlotação dos presídios, fortalecimento do crime organizado e cerceamento de direitos fundamentais. Com isso, estamos diante de outro fato absurdo e alarmante: uma boa parte de nossos presos encontra-se nessa situação de cárcere em caráter preventivo ou provisório, aguardando o andamento de seu processo e a decorrente sentença judicial.

O Ministério da Justiça e Segurança Pública do Governo Federal, por meio do Departamento Penitenciário Nacional criou o INFOPEN (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias), que é um sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro, atualizado e alimentado por gestores de estabelecimentos penais desde o ano de 2004. A partir de 2014, tais informações foram analisadas e tratadas, sendo dispostas e publicadas em forma de relatório. A base de dados engloba campos como a infraestrutura, as seções internas, os recursos humanos, a capacidade, a gestão, as assistências, a população prisional e o perfil das pessoas presas. A abrangência do universo penitenciário é nacional e o objetivo é diagnosticar a realidade prisional brasileira por meio de censo das unidades prisionais e dados agregados.

De acordo com o Ministério, a metodologia se dá por meio de formulário online preenchido pelos gestores de cada estabelecimento, cujo modelo está disponível no sítio eletrônico⁸ e engloba diversas questões, como o gênero das pessoas ali reclusas; tipo de cumprimento de pena (provisória, regime fechado, regime semiaberto, regime aberto, medida de internação, entre outros); capacidade do estabelecimento; tipo de gestão (pública, privada ou co-gestão); quantidade de serviços terceirizados; data de inauguração; existência de regimento interno (próprio ou geral para todo o estado); existência de celas adaptadas para presos(as) com

⁸ Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/formulario-sobre-informacoes-prisionais.pdf>> Acesso em: 16/01/2020.

necessidades especiais (gestantes, lactantes, LGBTs, idosos(as), indígenas, estrangeiros(as), deficientes, entre outros); existência de módulos de saúde (consultório médico/odontológico/laboratorial/de enfermagem, farmácia/sala de estoque de medicamentos, vestiário, raio x, entre outros); existência de módulos de educação (sala de aula, de informática, biblioteca, oficinas, entre outros); existência de salas para visitação, visita íntima, serviço social, psicologia, atendimento jurídico gratuito e videoconferência; existência de terreno/espço para construção de novos módulos; existência de equipamentos para revista (raio x, portal, *scanner* corporal, espectômetro, raquete, entre outros); existência de equipamentos voltados ao bloqueio de sinal de aparelhos celulares; quantidade de servidores e especificação de cargos; população prisional por natureza da prisão e tipo de regime; controle dos dias de prisão dos(as) presos(as) provisórios(as) e da evolução do regime dos(as) presos(as) sentenciados(as); controle da movimentação no sistema prisional (entradas, saídas, fugas, abandonos, óbitos, transferências e remoções); faixa etária dos(as) presos(as); cor de pele, raça e etnia dos(as) presos(as); estado civil dos(as) presos(as); grau de instrução dos(as) presos(as); dados dos documentos pessoais dos(as) presos(as); nacionalidade dos(as) presos(as); número de filhos(as) dos(as) presos (as); cadastro dos(as) visitantes; tipo de acusação dos(as) presos(as); quantidade de famílias que recebem auxílio-reclusão; mortalidade no sistema prisional; quantidade de motins, rebeliões ou outras formas de distúrbio no semestre; total de apreensões de armas, drogas ou aparelhos celulares no semestre; entre outros dados específicos.

Uma vez preenchido o formulário, os dados são analisados pelos gestores estaduais, podendo ser validados ou retificados, devendo ser remetidos ao Departamento Penitenciário Nacional. O acesso a tais informações é público, excetuando-se determinadas informações classificadas como confidenciais, sob a proteção da Lei de Acesso à Informação, número 12.527/11, em seu artigo 23, incisos III e IV que estabelecem:

Art. 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam: [...]

III - pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população; [...]

VII - pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; [...]

Com a compreensão da metodologia adotada para a obtenção do relatório, foram usados como base para a análise o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de junho de 2017 e o mesmo documento de junho de 2019, divulgado recentemente, no dia 14 de fevereiro de 2020. Tal lapso temporal significa que os dados não correspondem à realidade dos fatos desse exato momento, mas apenas servem como referência para uma perspectiva de nosso sistema prisional.

2.2.1 Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Relatório de 2017

De início, é válido salientar que o referido relatório foi publicado no ano de 2019, apesar de fazer referência aos dados do ano de 2017. Em junho do referido ano, o INFOPEN contava com 1.507 unidades prisionais, que reuniam 706.619 presos e presas, considerando ainda as carceragens de delegacias de polícia e outros espaços de custódia administrados pelos Governos Estaduais, que abrigavam 19.735 custodiados, totalizando 726.354 pessoas privadas de liberdade no Brasil. É imperioso salientar que o número total de vagas em tais estabelecimentos era de 423.242, gerando um déficit de 303.112 vagas e uma taxa de ocupação de 171,62%. Isso significa que todos os estados brasileiros apresentam carência de vagas em seus sistemas prisionais. Além disso, o quadro abaixo, retirado do referido relatório, representa os principais dados das populações do sistema prisional, organizados e divididos de acordo com cada unidade federativa do país:

Principais dados do sistema prisional brasileiro em Junho de 2017, por Unidade da Federação e Sistema Penitenciário Federal							
UF	População Prisional	População Prisional - Secretarias de Segurança	Taxa de aprisionamento	Vagas no Sistema Prisional	Taxa de Ocupação	Total de Presos provisórios sem condenação	% de presos sem condenação
AC	6.263	NI	754,93	2.723	2,30	2.024	32,32%
AL	7.421	339	229,87	3.555	2,18	2.134	27,50%
AM	8.931	NI	219,78	4.412	2,02	4.809	53,85%
AP	2.806	NI	351,75	1.526	1,84	676	24,09%
BA	14.031	2.798	109,67	10.767	1,56	7.243	43,04%
CE	25.998	865	297,80	13.264	2,03	12.768	47,53%
DF	15.764	130	522,93	7.395	2,15	3.263	20,53%
ES	20.060	NI	499,46	13.646	1,47	7.761	38,69%
GO	20.683	568	313,49	11.605	1,83	8.960	42,16%
MA	8.764	2	125,23	6.079	1,44	3.962	45,21%
MG	74.981	1.732	363,23	46.506	1,65	33.692	43,92%
MS	16.185	589	618,25	9.426	1,78	3.531	21,05%
MT	12.292	NI	367,52	8.555	1,44	5.877	47,81%
PA	16.123	367	197,10	8.600	1,92	6.052	36,70%
PB	12.121	3	301,17	7.892	1,54	4.636	38,25%
PE	31.001	NI	327,25	11.944	2,60	13.242	42,71%
PI	4.368	NI	135,68	2.270	1,92	2.621	60,00%
PR	40.291	9.738	441,92	18.723	2,67	4.507	9,01%
RJ	52.691	NI	315,16	29.495	1,79	22.535	42,77%
RN	9.252	NI	263,82	6.873	1,35	2.922	31,58%
RO	11.383	NI	630,36	6.028	1,89	1.667	14,64%
RR	2.579	11	495,56	1.234	2,09	1.134	43,78%
RS	36.149	25	319,48	25.813	1,40	11.806	32,64%
SC	21.558	NI	307,92	20.030	1,08	5.072	23,53%
SE	4.888	NI	213,63	2.975	1,64	2.522	51,60%
SP	226.463	2.568	507,88	139.881	2,18	58.278	27,50%
TO	3.573	NI	230,49	2.025	1,76	1.547	43,30%
Brasil	706.619	19.735	349,78	423.242	1,72	235.241	32,39%

Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN, Junho/2017; IBGE, 2017.

Com isso, o relatório passa à análise da natureza da prisão e do tipo de regime. É trazida a informação de que 43,57% das pessoas presas no país estavam em regime fechado por força de sentença condenatória; 33,29% estavam presas de maneira provisória, sem qualquer condenação; e 16,72% representavam a parcela presa em regime semiaberto. Como complementação, aduz que 50,03% dos presídios brasileiros (754 unidades) foram concebidos para comportar presos provisórios; 24,1% (364 unidades) são destinados para o regime fechado; 11,7% (177 unidades) abrigam presos e presas de diversos tipos de regime; e 7,5% (114) das unidades prisionais são reservadas para o regime semiaberto. Em relação à movimentação dos presos e presas, à época da elaboração das estatísticas, um total de 169.045 pessoas saiu dos presídios nacionais em decorrência de expedição

de alvará de soltura, ao passo que 248.065 pessoas ingressaram no cárcere (desconsidera-se remoção ou transferência de outro estabelecimento).

Nesse momento, passemos à análise de um dos dados mais relevantes do sistema penitenciário brasileiro: o perfil socioeconômico da população prisional. Reitera-se que tal pesquisa representa apenas um lampejo da realidade, que constantemente é transformada diante da efemeridade do tempo, aliada à peculiaridade de nossas prisões e tramitações processuais. Logo, tudo indica que no presente momento a situação está ainda mais periclitante, agravando o problema social que será adiante esmiuçado. De modo nada surpreendente, é trazido à tona o fato de que a maior parte das pessoas presas é jovem. No geral, 29,9% possuem entre 18 a 24 anos; 24,1% possuem entre 25 a 29 anos; e 19,4% possuem entre 35 a 45 anos. Os dois indicadores iniciais, somados, representam um total de 54% da população carcerária composta por pessoas de até 29 anos. Em todos os estados brasileiros, os jovens são maioria no cárcere. Em relação à etnia ou cor da pele, infelizmente o resultado também não surpreende. 46,2% das pessoas são pardas; 35,4% são brancas e 17,3% são negras. Portanto, temos que 63,6% da população prisional brasileira é negra/parda.

Quanto ao grau de escolaridade, temos que 51,3% dos presos e presas possuem Ensino Fundamental incompleto; enquanto 14,9% possui Ensino Médio incompleto; 13,1% possui ao menos Ensino Fundamental completo; e, de modo ínfimo, 0,5% dos custodiados e custodiadas possui Ensino Superior completo. A parcela correspondente às pessoas analfabetas é de 3,27%. Acerca das pessoas com deficiência física ou intelectual, 4.125 é o número de presos e presas, cuja maioria vive sob condições inadequadas, visto que 84,9% estão em cadeias que não foram adaptadas para as suas necessidades básicas. Em relação ao tipo de delito constante na acusação, destacam-se os crimes contra o patrimônio, que representam 234.866 incidências; os delitos relacionados às drogas, com 156.749 imputações; bem como os crimes contra a vida, 64.048 vezes contabilizado.

Em relação à quantidade de servidores efetivos, comissionados, terceirizados e temporários do sistema prisional, apontou-se um total de 108.403 profissionais por todo o país. Considerando os efetivos e temporários, o relatório aponta que no Brasil havia 9,30 pessoas presas para cada agente penitenciário. Tal realidade contraria o disposto na Resolução número 9/2009 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, que estabelece a proporção máxima razoável de 5 pessoas presas

por agente. Afirma-se que esse quantitativo seria suficiente para garantir o bom funcionamento das cadeias e evitar o agravamento de indicadores como o de mortalidade, que à época apresentou uma taxa de 15,2 óbitos para cada grupo de 10.000 pessoas, considerando causas naturais, causas criminais, acidentes, suicídios e causas desconhecidas.

A Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84) garante o acesso à educação para as pessoas que se encontram sob custódia penal, com base nos ideais de readaptação e reinserção social. O seu artigo 10 é claro ao afirmar que é dever do Estado prover tal possibilidade lúdica, “objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”. Com base nisso, o INFOPEN divide a análise da seguinte forma:

a) atividades de ensino escolar, que compreendem as atividades de alfabetização, formação de ensino fundamental até ensino superior, b) cursos técnicos (acima de 800 horas de aula), c) curso de formação inicial e continuada (capacitação profissional, acima de 160 horas de aula), e d) atividades complementares que abarcam os custodiados matriculados em programas de remição da pena pelo estudo por meio da leitura, pessoas matriculadas em programas de remição pelo estudo por meio do esporte e pessoas envolvidas em demais atividades educacionais complementares (tais como videoteca, atividades de lazer e cultura). (INFOPEN, 2017, p. 56)

Embora exista um número razoável de possibilidades, os números trazidos são de apenas 10,58% de envolvimento da população prisional nas atividades de estudo e aprendizado. No tocante ao direito de trabalho, a Lei de Execução Penal trata o tema em seu artigo 28 como “dever social e condição de dignidade humana”, com “finalidade educativa e produtiva”. O artigo 41 reforça tal afirmação, ao estabelecer no inciso segundo que é direito do preso a “atribuição de trabalho e sua remuneração”, que, por sua vez, não pode ser inferior a $\frac{3}{4}$ do salário mínimo, em conformidade com o artigo 29. A Organização das Nações Unidas também versou sobre o assunto⁹, com a publicação da Resolução n. 47/84, que estabelece que o trabalho não pode ser abusivo, de caráter penoso ou em desconformidade com as aptidões físicas e mentais de cada indivíduo. No período compreendido como o primeiro semestre de 2017, o INFOPEN (2017) aduziu que 17,25% da população prisional (127.514 pessoas) desenvolviam atividades laborais internas (80,56%) e externas (19,44%) às unidades prisionais. Embora a legislação apresente previsão

⁹ Tratado e discutido originalmente no ano de 1955, em Genebra, na Suíça, durante o 1º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes.

expressa de remuneração pelos serviços prestados, conforme supracitado, 46,7% dos trabalhadores não recebem qualquer valor; 23,5% recebem apenas o piso legal, correspondente a $\frac{3}{4}$ do salário mínimo; e 11,1% recebem menos do que isso.

Diante dessa realidade apresentada, com base nas estatísticas é possível inferir que a maioria das pessoas encarceradas no Brasil é jovem, negra/parda, com baixa escolaridade e com pouco acesso a políticas internas de educação e trabalho. Além disso, os crimes que mais originam detenções são os de natureza patrimonial e aqueles ligados ao tráfico de substâncias psicotrópicas e entorpecentes. Além disso, o Sistema Penitenciário está defasado em termos estruturais e de recursos humanos. O relatório oficial do INFOPEN de 2017 é concluído com a sugestão de que congregar a educação, a qualificação e o trabalho é a melhor receita para a construção de uma ressocialização segura e eficaz, sob a égide do princípio da responsabilidade do preso com o correto cumprimento de sua pena.

2.2.2 Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Relatório de 2019

Durante a confecção do presente trabalho, especificamente no dia 14 de fevereiro de 2020, o Ministério da Justiça do Governo Federal divulgou, por meio do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias referente ao período compreendido entre janeiro e junho de 2019. A apresentação das informações foi disposta em arquivo Excel e infográfico online¹⁰ com “painéis dinâmicos”, sob a promessa de uma “visualização mais prática” dos dados sobre os estabelecimentos penais e a população prisional, que foram divulgados de forma mais sintetizada. O novo relatório virtual possui 21 páginas.

Inicialmente, é posto que o total de indivíduos encarcerados no Brasil no Sistema Penitenciário é de 773.151, dos quais 253.963 são provisórios, 348.371 cumprem pena em regime fechado, 126.146 cumprem pena em regime semiaberto, 27.069 cumprem pena em regime aberto, 2.406 estão internados (medida de segurança), 721 passam por tratamento ambulatorial (medida de segurança) e

¹⁰ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Junho de 2019. Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça e Segurança Pública. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiaMTVjZDQyODUtN2FjMi00ZjFkLTlhZmItNzQ4YzYwNGMxZjQzIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>> Acesso em 19/02/2020.

14.475 encontram-se em outras carceragens. Os estabelecimentos prisionais comportam, contudo, 461.026 pessoas, gerando um déficit de 312.125 vagas e causando a superlotação dos ambientes, que prejudica ressocialização, uma vez que nem mesmo as condições mínimas de dignidade humana são garantidas.

Em relação aos Recursos Humanos das cadeias brasileiras, o relatório aponta que há 111.840 trabalhadores e trabalhadoras prestando serviços nas mais diversas áreas, como administração, custódia, enfermagem, psicologia, medicina, odontologia, assistência social, advocacia, pedagogia, entre outros. Percebe-se que, em que pese o número de detentos e detentas ter aumentado em 66.532, o número de servidores(as) foi acrescido de apenas 3.437 profissionais.

Acerca do perfil dos indivíduos encarcerados, aduz-se que há 180.731 de 18 a 24 anos, 157.981 de 25 a 29 anos, 129.207 de 30 a 34 anos, 139.616 de 35 a 45 anos, 50.759 de 46 a 60 anos, 8.136 de 61 a 70 anos, 1.600 com mais de 70 anos e 90.646 com ausência de dados sobre a faixa etária. Sobre a cor de pele, raça ou etnia, nos termos do relatório, há 213.402 pessoas brancas, 109.160 pretas, 317.273 pardas, 4.168 amarelas, 1.296 indígenas e 113.377 sem dados informados. Quando a categoria é grau de instrução, há 18.711 pessoas analfabetas, 36.963 alfabetizadas sem cursos regulares, 317.542 com ensino fundamental incompleto, 85.024 com ensino fundamental completo, 101.793 com ensino médio incompleto, 66.866 com ensino médio completo, 6.988 com ensino superior incompleto, 4.181 com ensino superior completo e apenas 466 com “ensino acima de superior completo”. O número de pessoas sem dados informados é de 120.142. Sobre a categoria “pessoas com deficiência” física ou intelectual, como consta no documento oficial, há um total de 6.553 com a sua liberdade cerceada. Sendo assim, é possível inferir que a maioria dos presos e presas é jovem e preta/parda, mantendo-se a mesma análise do relatório de 2017.

Na categoria referente ao tipo do crime imputado ao(à) encarcerado(a), houve novidade: a maioria está presa decorrente de acusação de crimes relacionados às drogas, previstos na Lei 11.343/06¹¹ (304.416 pessoas), seguida pelo grupo dos crimes contra o patrimônio (283.732). Na sequência, vem o grupo dos crimes contra a pessoa (87.913), dos crimes previstos no Estatuto do Desarmamento - Lei

¹¹ 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.

10.826/03¹² (33.691), dos crimes contra a dignidade sexual (33.186), dos crimes contra a paz pública (11.911), dos crimes contra a fé pública (3.966), dos crimes de trânsito - Lei 9.503/97¹³ (2.983) e dos crimes contra a Administração Pública (2.573). Há ainda 7.880 indivíduos encarcerados em decorrência de crimes previstos em legislação específica, qual seja o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), a Lei do Genocídio (2.889/56), a Lei dos crimes de tortura (9.455/97) e os crimes contra o Meio Ambiente (Lei 9.605/98).

Na categoria “serviços e assistências”, há 143.561 pessoas encarceradas exercendo algum tipo de ofício interno e 110.377 participando de atividades educacionais. Considerando o quesito “mortalidade no sistema prisional”, de janeiro a junho de 2019 houve um total de 1.072 mortes, das quais 664 foram por causas naturais ou decorrentes de doenças, 191 foram criminais, 111 decorreram de suicídios, 11 de acidentes e 95 de causas desconhecidas.

Diante do exposto, com base na atualização das estatísticas oficiais por meio do novo relatório do INFOPEN, que analisou o primeiro semestre de 2019, percebe-se que a maioria das pessoas privadas de liberdade ainda é jovem, preta/parda, com baixa escolaridade e com pouco acesso a políticas internas de educação e trabalho. Em relação aos crimes, houve apenas a inversão da ordem, visto que os delitos relacionados às drogas ocuparam o primeiro lugar, seguidos pelos de natureza patrimonial. O fato do tímido aumento dos Recursos Humanos frente ao crescimento exponencial da população carcerária, atrelado à baixa oferta de oportunidades de trabalho ou estudos para fins de remição de pena (ou de baixa adesão) reitera a afirmação de que há defasagem estrutural do Sistema Penitenciário.

2.2.3 A realidade carcerária paraibana: visita do Conselho Estadual de Direitos Humanos da Paraíba ao “Presídio do Roger” em 2016

No dia 4 de abril de 2016, antes mesmo de terem sido divulgados os dados da INFOPEN, integrantes do Conselho Estadual de Direitos Humanos da Paraíba, vinculado à Secretaria de Estado da Segurança e da Defesa Social e criado por meio da Lei Estadual n. 5551/92, acompanhados por membros do Conselho da

¹² Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências.

¹³ Institui o Código de Trânsito Brasileiro.

Comunidade da Execução Penal da Capital, do Comitê de Prevenção e Combate à Tortura do Estado da Paraíba, do Centro de Direitos Humanos Dom Oscar Romero, da Pastoral Carcerária, da Pastoral do Menor da Arquidiocese da Paraíba, da Universidade Federal da Paraíba, da Procuradoria Geral da República, do Movimento Espírito Lilás e da Secretaria de Administração Penitenciária realizaram uma visita sem anúncio prévio à Penitenciária Modelo Desembargador Flóscolo da Nóbrega, também conhecida como “Presídio do Roger”, destinada ao alojamento de presos provisórios, com uma estrutura edificada na década de 1940.

A metodologia consistiu em registros fotográficos do ambiente e entrevistas, tanto com internos quanto com agentes penitenciários. À época, a cadeia abrigava cerca de 1.460 presos e possuía uma capacidade de 540 vagas. No último relatório, realizado no mês de Novembro de 2014, a população carcerária era de 1.308 pessoas. Além disso, constatou-se que havia presos de outras cidades e até estados, que foram remetidos para lá por problemas estruturais no estabelecimento prisional de suas localidades. Constatou-se um grande número de detentos cujo processo já obteve sentença, outra parcela que aguarda a sentença há anos e ainda uma parte cuja progressão de pena simplesmente foi ignorada, pois deveria estar em um regime mais brando, como o semiaberto. Como se já não bastasse, a visita constatou a falta de asseio e limpeza do ambiente, que acumulava lixo e atraía bichos, a falta de cuidados médicos e psicológicos com os apenados e até mesmo falta de respeito à dignidade da pessoa humana, com a descoberta de que, por vezes, as saídas e entradas de ar das celas eram bloqueadas com tijolos pela administração do local como forma de “castigar” os presos com falta de ventilação e calor extremo.

Nas entrevistas com os encarcerados, as queixas basicamente eram relacionadas à superlotação, à estrutura do local, à demora dos processos, às punições coletivas, às aplicações de sanções disciplinares sem direito a um procedimento de “avaliação disciplinar”, à falta de tratamento médico, à ausência de apoio da defensoria pública, às condições de tratamento aos seus familiares e visitas, entre outras. Notou-se que muitos presos já possuem sentença e fazem jus à progressão de regime, ao passo que também foi feito o registro daqueles que tiveram a sua liberdade cerceada de forma preventiva há mais de dois anos, ou seja, sequer tiveram o pronunciamento jurisdicional acerca de sua inocência. Diante dessa realidade, percebe-se o quanto a falta de defesa técnica por incapacidade de

servidores da Defensoria Pública gera processos em sua maioria mal instruídos e mal acompanhados, que resultam nesse caos social.

No fim, após narrar com detalhes capazes de fazer o leitor imaginar a insalubridade e a desumanidade que permeiam o ambiente, o documento apresenta, no tópico n. 7, recomendações (para solucionar os problemas identificados e amenizar o sofrimento dos presos) ao Estado da Paraíba, ao Poder Judiciário, ao Ministério Público Estadual e à Defensoria Pública Estadual, que merecem destaque:

RECOMENDAÇÕES

A – AO ESTADO DA PARAÍBA: a) Agilizar a construção do novo pavilhão, concluindo-a no prazo máximo de 40 dias, a fim de amenizar a superlotação da unidade e dar início à reforma dos demais pavilhões; b) Adotar imediatamente providências para reduzir a superlotação do Roger, inclusive transferência de detentos; c) Implantar a Comissão Técnica de Classificação e o Conselho Disciplinar na Penitenciária Modelo Desembargador Flósculo da Nóbrega; d) Regularizar o funcionamento da Equipe Básica de Saúde da unidade e assegurar tratamento adequado a todos os presos enfermos que se encontram na unidade prisional; e) Assegurar o ingresso expedito do CEDH nas unidades prisionais, bem como suprimir a prática de retenção de documentos dos conselheiros. A informação deve ser feita às unidades carcerárias mediante memorando circular e afixação obrigatória do DOU de nomeação dos conselheiros nos quadros de avisos; f) Informar os presos previamente da escala de comparecimento dos médicos e defensores públicos, mantendo os registros dos atendimentos acessíveis para averiguação; g) Prestar contas por escrito, das providências tomadas para cumprimento desta recomendação no prazo de 30 (trinta) dias após seu conhecimento;

B - AO PODER JUDICIÁRIO DA PARAÍBA: a) Assegurar o comparecimento e visitas dos magistrados à penitenciária, nos termos das normativas do Conselho Nacional de Justiça; b) Realizar mutirão carcerário para averiguar a situação de cada detento, agilizando as audiências e julgamentos dos que se encontram provisórios e concessão de benefícios da progressão aos definitivos; c) Promover a interdição da entrada de novos detentos no Roger até que esteja reduzida a população prisional a, no máximo, o dobro da capacidade (1.080); d) Que forneça o número de quantos são os condenados, os provisórios e, portanto, o número total de presos no Roger, além de que aponte qual a vara responsável pelo acompanhamento da unidade;

C - AO MINISTÉRIO PÚBLICO DA PARAÍBA: a) Assegurar o comparecimento e visitas dos promotores da execução à penitenciária, nos termos das normativas do Conselho Nacional do Ministério Público;

D - À DEFENSORIA PÚBLICA a)Afixar, em local visível no quadro de avisos da penitenciária, o quadro de defensores que prestam serviços à unidade e escala de comparecimento, com os horários de atendimento aos presos; b)Assegurar que o preso seja informado da situação de seu processo/execução mediante formulário a ser-lhe entregue quando do atendimento

Diante dessa realidade de um presídio que compõe o Sistema Penitenciário da Paraíba, é possível identificar diversas violações aos Direitos Humanos, bem como fica claro que esse ambiente está muito longe do ideal para a ressocialização do indivíduo, abandonado pelo poder público e, na maioria das vezes, mal representado perante o Poder Judiciário, repleto de investigações incompletas e processos mal instruídos.

2.3 REFLEXÕES CRÍTICAS

Deixai toda a esperança, vós que entraís! Estas palavras tristes e lúgubres vi eu escritas, com tinta escura, em cima de uma porta; [...] Nós, condenados, vemos como aquele que tem má vista para as coisas longínquas, assim ainda esta providência é uma graça divina. Quando as coisas se aproximam ou existem, então é inútil o nosso intelecto; e, se os outros condenados, que chegam, não nos dizem alguma coisa, nada sabemos. Por isso podes compreender que o nosso saber é extinto depois daquele momento em que nos for fechada a porta do futuro [...] (ALIGHIERI, 1979)

Cada detento uma mãe, uma crença
Cada crime uma sentença
Cada sentença um motivo, uma história de lágrima
Sangue, vidas e glórias, abandono, miséria, ódio
Sofrimento, desprezo, desilusão, ação do tempo
Misture bem essa química e pronto
Eis um novo detento (Diário de um detento, Racionais MC's)

Mais de seis séculos separam as duas obras acima colacionadas. A primeira, escrita pelo italiano Dante Alighieri no século XIV, narra desventuras de seu próprio personagem que, nos trechos destacados do primeiro livro da trilogia clássica, se depara com a entrada do Inferno e com o depoimento de um eterno condenado, sem perspectiva de melhoria de sua situação e sem capacidade de planejar o futuro. A segunda referência cultural marca o lançamento, no ano de 1997, daquele que é considerado o álbum mais importante do rap brasileiro, figurando entre os 100 maiores discos da música nacional, na posição número 14, em uma votação feita pela Revista *Rolling Stone* em outubro de 2007, narrando, no destaque, o processo de perda das particularidades do indivíduo no momento em que se torna apenas mais um dentre tantos detentos sofridos, oriundo de um conjunto de fatores sociais que o levou ao cárcere. Essa postura de denúncia e questionamento dos reais interesses do sistema está presente nas demais canções da obra e tem movido diversos autores e doutrinadores em suas teses.

Vera Malaguti Batista, professora de criminologia da Universidade Federal do Rio de Janeiro e Secretária-Geral do Instituto Carioca de Criminologia, em sua obra “Introdução crítica à criminologia brasileira”, atribui ao neoliberalismo a inserção do sistema penal no “epicentro da atuação política”, por meio de novas tecnologias de controle, de vigilância e de “constituição dos bairros pobres do mundo em campos de concentração”. Tal afirmação remete ao ideal de observação constante trazido por Foucault na obra “Vigiar e Punir”, por meio do panoptismo. A autora aduz que prisões decrépitas são valorizadas e trazem consigo a falsa ideia de eficiência por meio de sua incomunicabilidade, seu emparedamento e a imposição de dor e humilhações aos familiares dos presos. De modo genial, Malaguti estabelece uma relação de causa e consequência entre a grande mídia e a influência da mesma na formação do senso comum da sociedade:

A grande mídia tem sido um obstáculo a uma discussão aprofundada sobre a questão criminal. É ela que produz um senso comum que nós chamamos de *populismo criminológico*. Zaffaroni analisou como o declínio do público e a ascensão do privado fizeram com que restasse ao Estado o poder de polícia. Se a política não tem como reduzir a violência que o modelo econômico produz, ela precisa mais do que de um discurso, precisa de um espetáculo. [...] hoje aplaudimos a tortura e o extermínio dos inimigos de plantão. O importante é traduzir toda a conflitividade social em punição. (BATISTA, 2011, p. 100-101)

De fato, não é preciso muito esforço para perceber que há, hodiernamente, uma verdadeira espetacularização do crime, bem como, consequentemente, do processo penal e do processado. Notícias relacionadas a crimes ganham destaque em mídias digitais, impressas, televisivas e radiofônicas, de modo a gerar constante sensação de insegurança e medo. Medo tal que justifica, para uma parcela da sociedade, a externalização de desejos e sentimentos desumanos, por um anseio punitivo que nos remete ao período medieval e à imputação ao “inimigo” de penas de suplício e sofrimento que foram narradas inicialmente. Há uma constante relativização de garantias que representam iminente perigo, pois, diversos políticos oriundos do senso comum tendem a reproduzir tais discursos em casas legislativas e executivas que deveriam prezar pelo cumprimento da lei e dos direitos das pessoas, podendo, inclusive, “contaminar” o Poder Judiciário. Tal lógica maquiavélica de que “os fins justificam os meios” acaba por desumanizar o próprio “justiceiro”, por ter perdido a capacidade de empatia e a compreensão de que os direitos humanos historicamente conquistados devem ser aplicados a todos, sem

distinção. Como solução, Malaguti propõe medidas que devem ser adotadas para cessar a onda de grande encarceramento e diminuir seus efeitos danosos, com base no que denomina como “desafios de hoje” da criminologia, das quais se destaca: impedir que os familiares dos presos sejam punidos além da estigmatização que já sofrem; ampliação e fortalecimento da Defensoria Pública; e o fim da exposição dos “suspeitos” para a mídia e restrições ao noticiário emocionalizado de casos criminais, que aniquila o direito a um julgamento justo por juízes isentos (MALAGUTI, 2011).

Gênesis Cavalcanti destaca ainda, em sua dissertação, que a prisão na América Latina passou a ser vista como forte instrumento de controle social, passando longe de atingir a sua meta de “recuperar o delinquente” com dignidade e possibilitar a sua reinserção na sociedade:

Em relação à principal instituição do aparato penal, na América Latina, como versa Rosa Del Olmo (2004), a penitenciária, quando aqui foi implantada, funcionou desde sua origem como um local de custódia, como verdadeiro depósito de presos. Assim, a pena privativa de liberdade na nossa região marginal sempre buscou segregar e neutralizar os indivíduos que incomodassem a ordem da classe dominante, sem qualquer preocupação prática e teórica com a ressocialização dos reclusos. (CAVALCANTI, 2019, p. 114)

Nesse sentido, o autor aduz que o devido processo legal e todas as suas garantias inerentes são substituídos por verdadeiros esquadrões da morte, dos desaparecimentos e das torturas, diariamente vivenciadas e pior: chanceladas pelo Estado, leniente, conivente e compassivo, consolidando uma “política violenta autoritária, conservadora e de repressão violenta à classe trabalhadora com o escopo de manter os privilégios da classe dominante”. O problema, entretanto, é a naturalização dessa realidade pelo senso comum, que passa a convencer o “homem médio”¹⁴ de que tudo é válido contra o “marginal”.

Nessa linha de raciocínio, há que se concordar com o autor no momento em que o mesmo afirma que o aumento exponencial da massa carcerária não é acompanhado pela construção de mais presídios para aumentar o número de vagas destinadas a essas pessoas. Não há uma preocupação do Poder Público em geral com a melhoria estrutural do Sistema Penitenciário, ainda que seja clara a sua

¹⁴ Segundo Carolina Grant, “Este “homem médio” representa uma abstração criada pelo Direito, para que sirva de parâmetro quanto à realização/concretização ou não do dever objetivo de cuidado e quanto à ocorrência ou não da culpa imputável.”

falência, talvez por não ser essa uma estratégia eleitoreira que pode angariar mais votos para um determinado candidato. E assim, se estabelece novamente uma relação de causa e consequência entre o senso comum da população e o direcionamento dos atos dos gestores públicos.

Diante dessa realidade, uma vez que o grande problema do encarceramento em massa desemboca no Sistema Penitenciário, verdadeira representação moderna do Inferno de Dante, bem como as soluções demandam grande força de vontade de gestores estaduais e nacionais que há muito tempo nada fazem, uma forma de sair da utopia e amenizar o problema é analisar o caminho que leva ao caos. O meio que insere indivíduos nas penitenciárias é o direito processual. Nessa seara judicial, uma proposta resolutive para a melhoria da instrução processual e, conseqüentemente, do julgamento, é a atuação de uma defesa eficaz, que dê dignidade à pessoa acusada desde o primeiro momento. Conforme abordado a seguir, a busca pela garantia da paridade entre acusação e defesa dá ensejo ao fato de que nosso ordenamento jurídico já permite amplamente a prática da investigação criminal defensiva. O que falta, porém, é a potencialização desse mecanismo que, uma vez exercido, tende a contribuir para a paridade de armas entre a acusação e a defesa, salvando uma pessoa, a curto prazo, do suplício da prisão e mudando, a longo prazo, a realidade da nação.

3 O PROCESSO PENAL BRASILEIRO E SUAS GARANTIAS

O processo deve ser compreendido como meio de instrumentalização do direito material, no qual as partes terão a oportunidade de alegar tudo aquilo que lhes for conveniente por meio de um(a) causídico(a) particular, habilitado(a) para atuar no caso concreto e devidamente inscrito(a) nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil ou, ainda, um(a) defensor(a) público(a)¹⁵. Rinaldo Mouzalas, João Otávio Terceiro Neto e Eduardo Madruga versam em sua obra “Processo Civil volume único” sobre a constitucionalização do processo, que seria, nas palavras dos doutrinadores, a elevação de diversas normas legais para o patamar constitucional que garante maior eficácia e proteção com tal estatura, bem como o movimento contrário, que indica a incidência do conteúdo da constituição sobre os ordenamentos jurídicos, fazendo com que o tecido normativo infraconstitucional seja lido e interpretado sob a ótica das regras e dos princípios constitucionais (MOUZALAS, TERCEIRO NETO e MADRUGA, 2018).

Tal análise deve ser aplicada não apenas na seara do processo civil e sua amplitude de ações de natureza diversa, mas também no procedimento administrativo, trabalhista, tributário e principalmente no criminal. Enquanto no processo civil geralmente há, em cada polo, ao menos uma pessoa natural ou jurídica, no processo penal, o indivíduo encontra como “outra parte” o Estado, que além de acusá-lo por meio do ilustre *Parquet*, irá julgá-lo por meio de um(a) magistrado(a). Logo, nas ações penais de natureza pública incondicionada, o Estado tem a centralização do *jus puniendi* ao mesmo tempo em que realiza o ofício da acusação do réu. Em uma primeira análise, traçando a genial analogia de Alexandre Moraes da Rosa entre o processo penal e um jogo¹⁶, a impressão é a de que o acusado encontra-se em desvantagem desde a distribuição dos autos, antes mesmo de tomar conhecimento da denúncia, que já está pronta, pois é a inicial acusatória. Se levarmos em consideração o constante desrespeito ao devido processo legal na prática, o cenário é desolador. Entretanto, se faz necessário explorar o âmbito do

¹⁵ Em 01/03/2018, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, em sede do Recurso Especial nº 1.710.155, que os defensores públicos não precisam de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil para trabalhar, tendo em vista que “submetem-se à fiscalização disciplinar por órgãos próprios, e não pela OAB; necessitam aprovação prévia em concurso público, sem a qual, ainda que se possua inscrição na Ordem, não é possível exercer as funções do cargo, além de não haver necessidade da apresentação de instrumento do mandato em sua atuação”.

¹⁶ ROSA, Alexandre Moraes da. Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos / Alexandre Moraes da Rosa. 4. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. 974 p.

“dever ser”, que oferece diversas garantias e proteções ao acusado e que, se seguido à risca, gera um procedimento justo e repleto de segurança jurídica, efetivador da justiça e da correta resposta estatal. Devem ser respeitadas as “regras do jogo”, para que o mesmo possa ser válido. Nas palavras de Nucci:

O processo penal constitui o amálgama do Direito Penal, pois permite a aplicação justa das normas sancionadoras. A regulação dos conflitos sociais, por mais graves e incômodos, depende do respeito aos vários direitos e garantias essenciais à formação do cenário ideal para a punição equilibrada e consentânea com os pressupostos do Estado Democrático de Direito, valorizando-se, acima de tudo, a dignidade humana. (NUCCI, 2015, p. 33)

É imperioso ressaltar que tal cenário ideal não é utópico: já possui previsão em nosso ordenamento jurídico por meio dos princípios e das normas constitucionais. Sendo assim, a prática da investigação criminal defensiva é um meio de fiscalizar e concretizar essa realidade garantista e efetiva.

3.1 PRINCÍPIOS NORTEADORES

No atual Estado democrático de direito, estamos condicionados às normas que o compõem e o regem, enquanto cidadãos. Conforme narrado, o nosso ordenamento jurídico é legitimado pela Constituição Federal de 1988, na medida em que está de acordo com a mesma. A Constituição, por sua vez, foi elaborada de acordo com ideais inalienáveis, que se perpetuam e são aplicados aos diversos ramos do Direito. Tais ideais representam princípios jurídicos, que são postulados que se irradiam por todo o sistema de normas, fornecendo um padrão de interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo, estabelecendo uma meta maior a seguir (NUCCI, 2015).

Diante da realidade de nosso país, bem como o momento de questionamentos relacionados à efetivação dos direitos garantidos com a redemocratização nacional, é imperioso ressaltar o que prega e afirma categoricamente o nosso ordenamento legal, de modo a reiterar que a não-observância da Constituição é a principal responsável pelo cenário de insegurança jurídica que atravessamos, pois entendimentos firmados em desacordo com nossa Carta Magna contribuem para a mitigação de direitos fundamentais. O desrespeito à

norma máxima representa, para além da já citada insegurança jurídica, desrespeito aos direitos humanos do acusado.

No âmbito processual, Guilherme de Souza Nucci reforça a ideia de que o desatendimento de normas constitucionais constitui, em regra, nulidade absoluta:

Provoca, como regra, nulidade absoluta, justamente porque o sistema processual ordinário não tem possibilidade de convalidar uma infração à Constituição Federal. [...] Na lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, a inobservância do tipo imposto pela Constituição chama-se “atipicidade constitucional” e sua invalidade deve ser buscada na própria Constituição ou no ordenamento infraconstitucional, constituindo sempre nulidade absoluta ou até mesmo demonstrando a inexistência do ato. (NUCCI, 2015, p. 772)

Portanto, o respeito aos princípios penais explícitos (previstos diretamente na Constituição) e implícitos (fruto de interpretação), aliado ao acesso igualitário à justiça contribuirá não apenas para a transformação de nossa realidade carcerária, mas também para a instauração de um processo penal mais justo, com equivalência entre acusação e defesa. Com isso, temos a importância da observação desses instrumentos ao longo da lide, pois por meio de tais princípios a justiça é garantida e efetivada, sob a égide dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto de San José da Costa Rica. Para Immanuel Kant, o cumprimento estrito da legalidade vigente é a saída para o convívio ideal e a perpetuação de direitos (KANT, 1974). O imperativo categórico pregado pelo filósofo em sua obra “Crítica da razão pura” é a consciência ética e moral que o cidadão possui, sendo aplicada através da obediência às normas que nos regem. Flamarion Tavares Leite¹⁷, em sua obra que analisa as lições do filósofo, aduz:

Ao entrar no campo da filosofia prática, da ética em geral, Kant assinala que o homem não tem somente uma faculdade cognoscitiva, mas que a personalidade humana manifesta-se também no agir. Desse modo, aceitando a clássica distinção entre razão teórica e razão prática, e dando primazia a esta última, Kant observa que junto à faculdade cognoscitiva há no homem uma faculdade racional dirigida à ação, porquanto introduz a ordem nas suas inclinações e motivações. Com esta faculdade, dispõe o homem de um dado *a priori* (uma forma *a priori* da razão prática), de um valor absoluto impossível de negar a existência do *dever*, que é um imperativo categórico cuja fórmula é: ‘age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal’. Esta é a

¹⁷ Docente de Filosofia do Direito, de Lógica Jurídica e de Teoria Geral do Direito nos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Federal da Paraíba e do Centro Universitário de João Pessoa, possuindo doutorado na área.

fórmula básica do imperativo categórico. [...] Portanto, apenas aquele que age por puro dever age moralmente. O imperativo categórico é, por conseguinte, um imperativo formal, pois que tão-somente prescreve a forma e não o conteúdo (matéria) da ação: agir por respeito ao dever. (LEITE, 2015, p. 55-57).

Para atingirmos tal patamar, é necessário o cumprimento da lei não apenas por parte do povo, mas principalmente por parte daqueles e daquelas responsáveis por reger o processo: os julgadores. É necessário abandonar a já citada lógica maquiavélica de que “os fins justificam os meios”, por exemplo, durante deflagrações das grandes operações policiais que o país tem vivenciado. Sendo assim, a correta aplicação dos princípios que serão destacados a seguir se configura como possibilidade de consolidação de um processo mais justo e humanizado, no qual a sentença apenas será proferida após a ideal participação de acusação e defesa, gerando, paulatinamente, a mudança desse cenário vilipendiador e agravador de nossa situação carcerária.

3.1.1 A dignidade da pessoa humana e o devido processo legal

Logo de início, em seu primeiro artigo, nossa Lei máxima estabelece os fundamentos da República Federativa do Brasil enquanto Estado Democrático de Direito. Um dos mais nobres valores, portanto, é a dignidade da pessoa humana, prevista no inciso III do referido artigo. Segundo tal preceito, para o bom desenvolvimento da vida e do convívio social, deve haver dignidade. Os constitucionalistas tratam o princípio como fonte de todos os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, tendo em vista que o ser humano é titular de direitos e garantias, devendo ser tratado dignamente (NUNES JÚNIOR, 2019). Sobre o tema, Nucci versa:

Há dois prismas para o princípio constitucional regente da dignidade da pessoa humana: objetivo e subjetivo. Sob o aspecto objetivo, significa a garantia de um *mínimo existencial* ao ser humano, atendendo as suas necessidades básicas, como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, nos moldes fixados pelo art. 7º, IV, da CF. Sob o aspecto subjetivo, trata-se do sentimento de respeitabilidade e autoestima, inerentes ao ser humano, desde o nascimento, em relação aos quais não cabe qualquer espécie de renúncia ou desistência. (NUCCI, 2015, p. 33)

Nesse sentido, endossando tal entendimento, ao tratar sobre a proteção dos direitos humanos na Constituição Federal, Flávia Piovesan delimita os limites da interferência e da atuação do Estado, de modo a cumprir as regras legais e proteger os cidadãos e cidadãs que estão sob sua tutela:

Com relação à universalidade dos direitos humanos, atenta-se que a Constituição de 1988, ao eleger o valor da dignidade humana como princípio fundamental da ordem constitucional, compartilha da visão de que a dignidade é inerente à condição de pessoa, ficando proibida qualquer discriminação. O texto enfatiza que todos são essencialmente iguais e assegura a inviolabilidade dos direitos e garantias fundamentais. [...] A partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações com base na prevalência dos direitos humanos, está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal. Isto é, a soberania do Estado brasileiro fica submetida a regras jurídicas, tendo como parâmetro obrigatório a prevalência dos direitos humanos. Rompe-se com a concepção tradicional de soberania estatal absoluta, reforçando o processo de sua flexibilização e relativização em prol da proteção dos direitos humanos. Esse processo é condizente com as exigências do Estado Democrático de Direito constitucionalmente pretendido. (PIOVESAN, in CLÈVE e BARROSO, 2011, p. 653-654)

Logo, ao fazer parte de um procedimento investigatório ou judicial, a pessoa tem direito a tratamento digno e respeitoso em todas as suas fases, independentemente de suas condições pessoais ou das circunstâncias do objeto da ação policial ou jurisdicional, mesmo depois do encerramento do mesmo, em caso de execução da pena. Nesse sentido, a garantia basilar do devido processo legal prevê que ninguém pode ser privado de sua liberdade sem antes passar por um processo estritamente legal e em consonância com as fontes do direito como leis e princípios, encontrando previsão no artigo 5º, inciso LIV da Constituição.

Além disso, garante ao indivíduo que o mesmo somente será processado e punido se houver lei penal anterior definindo determinada conduta como crime, cominando-lhe pena (NUCCI, 2015), ao passo que a cominação da referida pena deve ser oriunda de decisão judicial devidamente fundamentada, conforme o artigo 93, IX, do mesmo diploma legal. Com base nisso, Flávio Martins defende em sua doutrina a soberania do princípio, ao passo que a dificuldade de relativização na teoria contrasta justamente com sua inobservância na prática:

[...] Concordamos com a maioria da doutrina (Robert Alexy, Michael Kloepper, Ingo Wolfgang Sarlet, Luís Roberto Barroso, Ricardo Lobo Torres, Daniel Sarmento, Jorge Reis Novais, dentre outros), no sentido de que, assim como todos os demais princípios constitucionais, a dignidade da pessoa humana, por ser um metaprincípio, o “princípio dos princípios”,

somente em casos excepcionalíssimos, quase inexistentes, tal princípio poderá ser relativizado. Caso fosse um princípio absoluto, pelo menos metade dos presos brasileiros, que vive em situação degradante nos presídios nacionais deveria ser imediatamente solta. Se fosse um princípio de cumprimento absoluto, não haveria pessoas desprovidas de moradia. Percuciente é a afirmação de Jorge Miranda, segundo o qual “Relativamente aberto como todos os princípios – até porque a sua concretização se faz histórico culturalmente – não deixa de encerrar um valor absoluto. Pode haver ponderação da dignidade de uma pessoa com a dignidade de outra pessoa, não com qualquer outro princípio, valor ou interesse”. Percuciente é a expressão utilizada por Jorge Reis Novais, segundo o qual a dignidade da pessoa humana seria um valor supremo e um princípio constitucional de vinculatividade absoluta, mas de conteúdo aberto e aplicação relativizante. (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 2117)

Portanto, podemos afirmar que o entendimento de devido processo legal é dividido em dois ramos: o formal, por meio do respeito das regras processuais previstas em lei; e o substancial, por meio da observância da razoabilidade, da proporcionalidade e da proibição de excesso na formação dessas regras (LÉPORE, CARVALHO e CALLIARI, 2017). Por sua vez, com “raiz” na legalidade, a dignidade da pessoa humana representa a síntese e o compilado de todos os princípios processuais, uma vez que é inerente ao devido processo legal o respeito às demais normas, garantias e princípios consolidados em nosso ordenamento.

3.1.2 O contraditório e a ampla defesa

Trata-se de garantia constitucionalmente prevista no artigo 5º, LV, de que o acusado deve ser ouvido e se manifestar, utilizando para tal todos os meios de defesa, desde que sejam lícitos. Sem garantia de defesa não há justiça, pois a sua ausência ou insuficiência invalida todo o processo penal. Esse entendimento está de acordo com a Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal: “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.” Portanto, ao réu é concedido o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação, por ser “parte hipossuficiente por natureza” perante o Estado, sempre mais forte por meio de órgãos constituídos e preparados (NUCCI, 2015).

Sendo assim, em uma definição simples, de acordo com a doutrina de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, no processo penal, o princípio do contraditório (ou bilateralidade da audiência) seria a imposição pela qual “deve ser dada às partes a possibilidade de influir no convencimento do magistrado, oportunizando-se a

participação e manifestação sobre os atos que constituem a evolução processual” (TÁVORA e ALENCAR, 2016, p. 50). Seria, portanto, estender às partes o direito de produzir provas, de alegar, de se manifestar, de ter ciência de toda movimentação do processo, entre outros. A diferença para o processo civil se dá na medida em que não basta dar informação e reação ao acusado, que está com a liberdade em perigo iminente.

Nesse sentido versa o artigo 261 do Código de Processo Penal, ao estabelecer que nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor, ressaltando ainda que a defesa técnica deve ser exercida através de manifestação fundamentada, de defensor competente, na pessoa do advogado. O artigo 497 do mesmo diploma legal vai ainda além em seu inciso V, ao prever a possibilidade do juiz presidente do Tribunal do Júri delegar novo defensor ao acusado, caso ateste insuficiência técnica. Ainda há, segundo a doutrina, duas classificações principais: O contraditório real e o contraditório postergado ou diferido. O primeiro seria a atuação das partes de forma contemporânea à produção das provas, ao passo que o segundo se traduz na manifestação das partes posteriormente à produção das provas (de modo que não frustre ou atrapalhe a mesma, como em caso de interceptação telefônica). Aury Lopes Jr. defende a imprescindibilidade de tais princípios, sem os quais não há processo justo:

O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas). É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo. (LOPES JUNIOR., 2018, p. 60)

Para o autor, a decisão do juízo deve ser emanada do contraditório real, por meio da efetiva participação das partes, principalmente do “sujeito passivo”, a pessoa acusada. Nesse sentido, pode-se afirmar que o contraditório abrange o direito à informação, o direito à efetiva participação e o direito à paridade de armas ou igualdade de oportunidades. Logo, deve ser garantida a informação e permitida a reação (LOPES JUNIOR., 2018). Em relação ao inquérito policial, há unanimidade de entendimento doutrinário no sentido de que esse “direito de reação” não é exigível, uma vez que se trata de procedimento administrativo de caráter informativo. Contudo, o contraditório no inquérito policial é limitado ao direito de informação, com

o cumprimento do princípio da publicidade, à medida que se permite amplo acesso às provas colhidas na investigação, de acordo com a Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, como complementação, o princípio da ampla defesa versa sobre proteção e garantia da defesa. Porém, a sua diferença está justamente na pessoa que usufruirá dessa prerrogativa. Se o anterior previa proteção de ambas as partes, esse possui destinação certa e pontual: o acusado. A defesa, como elucidada anteriormente, é essencial ao bom andamento do processo penal como um todo, e se classifica dentro desse norteador enquanto técnica e autodefesa. Diante da autoexplicação dos próprios conceitos, pode-se inferir que a primeira é aquela exercida por um profissional habilitado e qualificado para tal função, ao passo que a segunda é realizada pelo próprio réu. A obrigatoriedade da primeira para o processo ser válido não anula a existência da segunda, visto que o réu pode manifestar-se ou até mesmo manter-se em silêncio¹⁸.

Por fim, não se deve confundir esse princípio com o conceito de plenitude da defesa, previsto no inciso XXXVIII, alínea a, do artigo 5º da Constituição Federal. Este, por sua vez, significa a autorização de utilização de argumentos de natureza sentimental, social e política no intuito de convencimento do corpo de jurados componentes do julgamento. Há, ainda, o direito de defesa, que engloba, segundo o autor, uma dupla dimensão, compreendida entre defesa técnica e autodefesa:

O direito de defesa é concebido numa dupla dimensão: a) defesa técnica: ninguém pode ser acusado ou julgado sem defensor (constituído ou dativo), exercida por advogado habilitado, diante da presunção absoluta de hipossuficiência técnica do réu (arts. 261 do CPP; 5º, LXXIV, e 134 da CB; 8.2 da CADH); b) defesa pessoal ou autodefesa, exercida pelo próprio acusado. A defesa pessoal subdivide-se ainda em positiva (quando o réu presta depoimento ou tem uma conduta ativa frente a determinada prova, v.g. participando do reconhecimento, acareação etc.) ou negativa (utiliza o direito de silêncio ou se recusa a participar de determinada prova), concretizando o princípio do nemo tenetur se detegere (nada a temer por se deter) do art. 5º, LXIII, da CB; art. 186 do CPP; e 8.2. “g” da CADH. Importante destacar o disposto na Lei n. 12.654/2012 que estabelece a coleta compulsória de material genético do suspeito ou condenado, excepcionando assim o direito de silêncio. (LOPES JUNIOR., 2018, p. 68)

Imbuídos de uma narrativa simples e direta, Lépore, Carvalho e Calliari, em seu manual, sintetizam todo o conteúdo expressado pelos princípios dispostos no presente tópico:

¹⁸ Direito constitucionalmente previsto no artigo 5º, LXIII.

O contraditório deve ser efetivo, podendo ser real ou diferido, o que alguns autores denominam de imediato e mediato. O contraditório real é aquele que se verifica no exato momento da produção de prova, por exemplo a prova testemunhal em juízo. Já o contraditório diferido é postergado para um momento futuro, não se verifica no momento da prova, mas futuramente, como ocorre no enfrentamento de uma prova pericial feita no inquérito policial. O princípio da ampla defesa, por sua vez, leva em consideração o direito à liberdade do acusado, bem como sua fragilidade na relação processual, devendo ser levado garantido a ele toda oportunidade de defesa. (LÉPORE, CARVALHO e CALLIARI, 2017, p. 389)

3.1.3 A presunção de inocência

A respeito do princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade, como preferem tratar alguns autores, o artigo XI, inciso I, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 afirma:

Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa

Por sua vez, o Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, assinado pelas nações da Organização dos Estados Americanos, em seu artigo 8º, parágrafo 2º, dispõe que “toda pessoa acusada de delito tem o direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. Com base nesses tratados internacionais, a Constituinte de nossa Carta Magna optou por enfatizar no corpo do documento, no inciso LVII do artigo 5º, tais preceitos indispensáveis a um Estado Democrático de Direito. Ora, sendo assim, fica nítida a intenção do legislador de garantir e estender a presunção de não-culpabilidade não apenas até o momento de formação da culpa do acusado, mas até o trânsito em julgado da sentença penal. Nucci apregoa:

Tem por objetivo garantir, primordialmente, que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa. As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu *estado natural*, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável ao Estado-acusação evidenciar, com provas suficientes, ao Estado-juiz, a culpa do réu. Por outro lado, confirmam a excepcionalidade e a necessidade das medidas cautelares de prisão, já que indivíduos inocentes somente podem ser levados ao cárcere quando realmente for útil à instrução e à ordem pública. A partir disso, deve-se evitar a vulgarização das prisões provisórias, pois muitas delas terminam por representar uma nítida - indevida - antecipação de pena, lesando a presunção de inocência. (NUCCI, 2015, p.34)

Logo, é possível afirmar que tal princípio representa um dever de tratamento da pessoa acusada e processada, em duas vertentes: a interna, impondo à acusação o ônus da prova para descaracterizar a condição de inocência e ao juízo a aplicação do *in dubio pro reo* (que será adiante delineado); e a externa, que assegura a imagem, a dignidade e a privacidade do(a) réu(ré) (LOPES JUNIOR, 2018). Além disso, deve ser elencada a vedação de considerar-se os processos em andamento como maus antecedentes (LÉPORE, CARVALHO e CALLIARI, 2017). O advogado criminalista Gianfrancesco Genoso, em publicação de artigo em site¹⁹, reitera ainda que há reflexo do princípio no artigo 283 do Código de Processo Penal²⁰ e no artigo 107 da Lei de Execuções Penais (7.210/84)²¹, como um sistema constitucional e infraconstitucional voltado à garantia da liberdade:

Seja como for, o que se pretende esclarecer de maneira muito breve, é que a intenção da redação de referida norma foi, precisamente, justa e razoável, na medida em que pensada para impedir a prisão do indivíduo, sem a sólida certeza de sua condenação – o que, de certa forma, poderia levar o Estado a incorrer em tremenda injustiça, caso, após o término do processo, se concluísse pela inocência do acusado. [...] Nessa linha de raciocínio, portanto, quer-se dizer que todos os dispositivos acima mencionados, em consonância com o art. 283 do Código de Processo Penal, somado ao 107 da lei de Execuções Penais (7.210/84), existem para completar a noção da presunção de inocência, prevista no art. 5º da Constituição. É, em verdade, todo um sistema – constitucional e infraconstitucional –, que aponta para a liberdade, de modo a ter o próprio legislador consignado expressamente em diversos diplomas que, privação de liberdade, somente em caso de prisão cautelar, com a devida presença dos requisitos e fundamentos legais. (GENOSO, 2018)

Quanto à excepcionalidade das medidas cautelares, o autor cita ainda a quebra do sigilo fiscal, bancário e telefônico e a violação de domicílio por meio de mandado de busca e apreensão, por exemplo. No caso do último exemplo, a proteção constitucional estende-se a terceiros, caso venham a ter o seu direito a posse violado por meio da apreensão de bens ou valores. A lei determina a interposição de embargos para a restituição do direito de posse, com fulcro nos

¹⁹Disponível em : <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI280768,91041O+STF+e+a+presuncao+de+inocencia+principio+em+extinca.>> Acesso em: 20 de fevereiro de 2020.

²⁰ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

²¹ Art. 107. Ninguém será recolhido, para cumprimento de pena privativa de liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária.

artigos 120²² e 130, II²³, do Código de Processo Penal, bem como no artigo 674²⁴ do Código de Processo Civil.

Ora, cumpre observar a desnecessidade e o não cabimento da apreensão de valores e bens oriundos de fatos alheios e anteriores aos investigados, cuja origem é comprovadamente lícita ou na ausência de indício da participação do embargante no suposto crime investigado. É imperioso destacar, portanto, que a medida assecuratória do sequestro, assim como da apreensão, possui natureza cautelar, cuja aplicação indevida, incerta ou não fundamentada, fere o princípio da presunção de inocência, impondo a terceiro de boa-fé uma punição antecipada sem o devido processo legal, que assim se dá com a constrição de seus bens e valores ativos.

3.1.4 A intrascendência da pena

Tal valor regula a atuação do Estado e significa que a ação penal não pode transcender ou “passar” da pessoa acusada, infligindo efeitos negativos a terceiros. O mesmo se aplica à execução de pena provisória ou definitiva, em caso de sentença condenatória. Nucci tece as suas considerações:

É decorrência natural do princípio penal de que a responsabilidade é pessoal e individualizada, não podendo dar-se sem dolo e sem culpa (princípio penal da culpabilidade, ou seja, não pode haver crime sem dolo e sem culpa), motivo pelo qual a imputação da prática de um delito não pode ultrapassar a pessoa do agente, envolvendo terceiros, ainda que possam ser consideradas civilmente responsáveis pelo delinquente. Exemplo disso seria denunciar o patrão porque o empregado, dirigindo veículo da empresa de forma imprudente, atropelou e causou a morte de alguém. Civilmente, é responsável pelo ato do preposto; jamais criminalmente. (NUCCI, 2015, p. 55)

O reconhecimento de sua importância é notório, pois esse ideal deve ser aplicado também na inicial acusatória, já que a inclusão de inocentes no rol de denunciados gera vício processual por inépcia, prevista no artigo 395 do Código de

²² Art. 120. A restituição, quando cabível, poderá ser ordenada pela autoridade policial ou juiz, mediante termo nos autos, desde que não exista dúvida quanto ao direito do reclamante.

²³ Art. 130. O sequestro poderá ainda ser embargado: [...]

II - pelo terceiro, a quem houverem os bens sido transferidos a título oneroso, sob o fundamento de tê-los adquirido de boa-fé.

²⁴ Art. 674. Quem, não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato constritivo, poderá requerer seu desfazimento ou sua inibição por meio de embargos de terceiro.

Processo Penal²⁵. A legitimidade passiva é uma das condições elementares para acolhimento de uma denúncia em desfavor de alguém, que passará a ser réu e sofrer as amarguras do processo penal. Assim, é compreendida enquanto o pressuposto basilar do nexu causal que existe entre conduta típica e ilícito imputado. As famigeradas “denúncias genéricas” abrangem diversos(as) acusados(as) sem individualização de conduta ou demonstração de dolo ou culpa, quando o tipo penal admitir. Nesses casos, deve ser afastada a denúncia daqueles e daquelas cuja responsabilidade não tiver sido explicitada, com base no princípio da intranscendência. Ainda que seja notória a participação nula (ou mínima) e a conduta atípica do(a) acusado(a), sem provas que demonstrem o contrário, tampouco uma mínima descrição do dolo delitivo necessário ao tipo penal imposto, constata-se a ilegitimidade passiva, cuja consequência é a rejeição da denúncia, nos termos do art. 395, II, do Código de Processo Penal.

Deste modo, é de notório conhecimento que a validade da peça acusatória está diretamente atrelada às condicionantes do artigo 41²⁶ do Código de Processo Penal, contendo não apenas a qualificação do sujeito e o simples narrar dos fatos, mas o nexu causal entre a conduta do mesmo e o resultado típico que sucumbe à norma. Outro exemplo de aplicação do princípio é na vedação de sobrecarga da família do(a) acusado(a) ou do(a) condenado(a), em caso de execução de pena. Tomemos, por exemplo, uma hipótese de pessoa encarcerada que necessite de cuidados médicos constantes ou alimentação rigorosa e especial, em decorrência de uma cirurgia ou de saúde debilitada. Naturalmente, de acordo com a realidade exposta no capítulo inicial do presente trabalho, as nossas cadeias não estão preparadas para lidar com essas situações. Cabe à família suprir as falhas do Estado, assumindo a responsabilidade onerosa, diária e constante de locomover-se ao estabelecimento prisional para fornecer o mínimo necessário para a sobrevivência do(a) custodiado(a), como medicamentos e suprimentos.

Tal fato agrava-se ainda quando a própria administração do presídio reconhece, por exemplo, que a alimentação específica de que necessita o(a)

²⁵ Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I - for manifestamente inepta;

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou

III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

²⁶ Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

paciente em convalescimento, não está sendo fornecida pelo Estado, como lhe é devida, mas por seus familiares que durante todo o confinamento são submetidos a constrangimento físico e psicológico para, conforme narrado, garantir a subsistência da pessoa presa. Infelizmente, esse exemplo hipotético é recorrente na maioria dos presídios, ainda que tal princípio constitucional previsto no artigo 5º, XLV da Constituição Federal preveja expressamente que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

O doutrinador e defensor público do estado do Rio de Janeiro Rodrigo Roig elenca exemplos de violação do princípio, que prefere chamar de “transcendência mínima” ante à inevitabilidade do prejuízo a terceiros relacionados à pessoa encarcerada:

Em âmbito executivo, é possível apontar como exemplo de violação ao princípio da transcendência mínima o emprego da proibição ou restrição de visita como forma de sanção disciplinar (arts. 41, parágrafo único, e 53, III, da LEP). Isso porque não somente o preso possui o direito de receber seus visitantes (art. 41, X, da LEP) e receber assistência da família (art. 5º, LXIII, da CF), mas os próprios visitantes também têm direito de estar com seus parentes e amigos presos e com eles manter laços afetivos. Além de ilegal por afetar o direito (do preso e de seus familiares) à manutenção de relações familiares, a punição nesse caso ainda passaria da pessoa do faltoso, atingindo terceiros carentes de culpabilidade. Assim posto, mesmo diante de uma falta disciplinar praticada pela pessoa presa, a suspensão de visitação não deve ser utilizada como punição, e em hipótese alguma pode conduzir à privação do direito de seu familiar. (ROIG, 2016, p. 46)

Além desses exemplos, o autor elenca ainda o aprisionamento em local distante dos laços sociais e familiares do(a) apenado(a); a proibição imposta a familiares que estão presos de visitar crianças que estejam em companhia de suas mães encarceradas; a exposição midiática, sensacionalista e inconveniente da família da pessoa presa durante o cumprimento da pena; e o procedimento invasivo e ultrajante de revista para entrada de visita em estabelecimento prisional, com exigência de nudez e de poses constrangedoras (ROIG, 2016).

3.1.5 A vedação da prova ilícita

Nossa Carta Magna é clara no inciso LVI do artigo 5º, que expressa o verdadeiro sentido desse princípio: são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, como escutas e quebras de sigilos realizadas sem autorização judicial expressa, ou obtidas mediante violação de dispositivo informático, tortura e outros meios psicológicos de extração ilegal de informações como ameaças, que representam retrocesso ao sistema punitivo medieval, explanado no primeiro capítulo da presente obra. Com isso, pode-se inferir que a forma dos atos investigativos e processuais é uma garantia para a defesa, na medida em que implica limitação ao exercício do poder do Estado de perseguir e punir (LOPES JUNIOR, 2018).

Nessa linha de raciocínio, se a prova ilícita não merece constar nos autos, não há porque levar em consideração qualquer tipo de derivação da mesma. Logo, não há possibilidade de “convalidação” de um elemento processual ilícito. Esse entendimento recebeu o nome de “Teoria dos frutos da árvore envenenada”:

Consagrou-se, ainda, no Brasil, a teoria da *prova ilícita por derivação*, (“frutos da árvore envenenada” ou “efeito à distância”, que advém do preceito bíblico de que a “árvore envenenada não pode dar bons frutos”). Assim, quando uma prova foi produzida por mecanismos ilícitos, tal como a escuta ilegalmente realizada, não se pode aceitar as provas que daí advenham. Exemplo: graças à escuta ilegal efetivada, a polícia consegue obter dados para a localização da coisa furtada. A partir disso, obtém um mandado judicial, invade o lugar e apreende o material. Note-se que a apreensão está eivada do *veneno* gerado pela prova primária, isto é, a escuta indevidamente operada. Se for aceita como lícita a segunda prova, somente porque houve a expedição de mandado de busca por juiz de direito, em última análise, estar-se-ia compactuando com o ilícito, pois se termina por validar a conduta ilegal da autoridade policial. (NUCCI, 2015, p.44)

Portanto, tal princípio é uma importante garantia para o(a) investigado(a), já que possui grande relevância na coibição de abusos, sejam provenientes da autoridade policial ou do órgão ministerial, no processo de busca de provas para o caso concreto. Dissertando sobre os limites de admissibilidade de provas emprestadas para subsidiar acusações, Aury Lopes Jr. defende a impossibilidade de utilização da prova descoberta por acaso como prova pronta e fundamental em prejuízo da pessoa acusada, que geram, nas palavras do autor, “substancialismo inquisitório” e “investigações genéricas”:

Em suma, essa é a nossa posição, sem negar a possibilidade de que a prova obtida a partir do desvio causal sirva como starter da investigação do novo crime (se preferir, como notícia-crime) 382, sendo assim uma “fonte de prova”, mas não como “prova”. Não será “a” prova, mas um elemento indiciário para o início da investigação, de modo que nova investigação pode ser instaurada e novas buscas, interceptações etc. podem ser adotadas. Mas a prova desse crime deve ser construída de forma autônoma. Em que pese a maior parte da doutrina que trata do tema admitir que a prova obtida (mediante desvio causal) seja o starter de uma nova investigação, há que se ponderar o seguinte: se usarmos a prova obtida com desvio causal, ainda que a título de “conhecimento fortuito”, estaremos utilizando uma prova ilícita derivada. Isso gera um paradoxo insuperável: a prova é ilícita (despida de valor probatório, portanto) em um processo, mas vale(ria) como notícia-crime em outro... Ora, partindo do Princípio da Legalidade, a investigação tem que iniciar a partir de prova lícita e não de uma prova ilícita, sob pena de contaminarmos todos os atos praticados na continuação! (LOPES JUNIOR, 2018, p. 249)

Ainda assim, caso sejam desconsideradas as premissas básicas e seja inserido, no bojo dos autos, elemento probatório ilícito, deve o mesmo ser desentranhado e desconsiderado, com a anulação de seus efeitos e derivações, como medida da mais lúdima justiça processual.

3.1.6 O *in dubio pro reo*

Imperioso garantidor de um processo justo e humanizado, representa a necessária solução favorável ao réu em caso de dúvida acerca do mérito da acusação ou de questão incidente. O artigo 386, VII, do Código de Processo Penal estabelece que o juiz deve absolver o réu ao detectar a inexistência de provas para a condenação. Interessante notar o uso constante da analogia pelos julgadores monocráticos ou colegiados dos tribunais no julgamento dos casos práticos. Na seara penal, sob a égide do princípio supracitado combinado com o princípio da legalidade, é aceita a analogia *in bonam partem*, em benefício do acusado, ao mesmo tempo em que é afastada a utilização da analogia *in malam partem*, por meio da qual é criada situação desfavorável ao mesmo em caso de lacuna legislativa ou de situação fática, de modo a incriminá-lo ou agravar a sua situação processual. Nucci conceitua e classifica tal garantia de modo claro:

[...] quando dispositivos processuais penais forem interpretados, apresentando dúvida razoável quanto ao seu real alcance e sentido, deve-se optar pela versão mais favorável ao acusado, que, como já se frisou, é presumido inocente até que se demonstre o contrário. Por isso, a sua posição, no contexto dos princípios, situa-se entre aqueles vinculados ao

indivíduo, sendo, ainda, considerado como constitucional implícito. Na realidade, ele se acha conectado ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF), constituindo autêntica *consequência* em relação ao fato de que todos os seres humanos nascem livres e em estado de inocência. Alterar esse estado dependerá de prova idônea, produzida pelo órgão estatal acusatório, por meio do devido processo legal, gerando certeza no espírito julgador (NUCCI, 2015, p. 35)

Renato Brasileiro de Lima, por sua vez, afirma que recai exclusivamente sobre a acusação o ônus da prova, incumbindo-lhe a demonstrar que o acusado praticou o fato delituoso que lhe foi imputado na peça acusatória. Partindo do pressuposto do princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, já explorado anteriormente, tal situação é interessante, pois para uma condenação poder vigorar, a mesma deveria superar toda e qualquer dúvida razoável existente no processo, justificando, assim, eventual solução desfavorável ao(à) réu(ré), com o provimento da pretensão punitiva do Estado:

Nesta acepção, presunção de inocência confunde-se com o *in dubio pro reo*. Não havendo certeza, mas dúvida sobre os fatos em discussão em juízo, inegavelmente é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente, pois, em um juízo de ponderação, o primeiro erro acaba sendo menos grave que o segundo. O *in dubio pro reo* não é, portanto, uma simples regra de apreciação das provas. Na verdade, deve ser utilizado no momento da valoração das provas: na dúvida, a decisão tem de favorecer o imputado, pois não tem ele a obrigação de provar que não praticou o delito. Antes, cabe à parte acusadora (Ministério Público ou querelante) afastar a presunção de não culpabilidade que recai sobre o imputado, provando além de uma dúvida razoável que o acusado praticou a conduta delituosa cuja prática lhe é atribuída. (LIMA, 2015, p. 45)

Aury Lopes Jr. tece uma análise mais aprofundada, pois relaciona o princípio à necessária garantia da jurisdição, atrelando-o à produção de prova em consonância com o arcabouço principiológico que norteia o processo e à necessidade da acusação de desqualificar legitimamente até mesmo as alegações de defesa excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, visando a absolvição:

No processo penal não há distribuição de cargas probatórias, mas atribuição ao acusador, que tem em mãos a carga integral de provar que alguém cometeu um crime. É uma regra de julgamento para o juiz, proibindo-o de condenar alguém cuja culpabilidade não tenha sido completamente provada (*nulla accusatio sine probatione*). Quando a defesa alega uma causa de exclusão (da ilicitude ou culpabilidade) ou de atipicidade, ainda existe uma parcela significativa da doutrina e jurisprudência sustentando que a carga da prova de excludente corresponderia à defesa. Não é essa nossa posição: entendemos que incumbe à acusação a prova positiva, não só dos fatos que constituam o delito, mas também da inexistência das causas de exclusão. (LOPES JUNIOR, 2018, p. 266)

Portanto, reitere-se: em caso de dúvida acerca de questão fática ou meritória, a mesma deve ser resolvida a favor da pessoa acusada, tendo em vista que a regra é a permanência do estado de inocência, uma vez que a acusação não logrou êxito em dirimir eventuais ambiguidades e superar ilações que levaram o juízo à dúvida.

3.2 A PARIDADE DE ARMAS E O “NOVÍSSIMO PROCESSO PENAL”

O ordenamento jurídico brasileiro vem sofrendo bruscas mudanças nos últimos tempos, especialmente no que diz respeito à seara do direito penal. Tais modificações, oriundas em sua maioria do ativismo judiciário e não pela via do Poder Legislativo, tem gerado um cenário de instabilidade jurídica, uma vez que os novos entendimentos destoam do que está positivado na Constituição Federal, no Código Penal e no Código de Processo Penal. Sendo assim, essa insegurança contribui para agravar problemas já existentes, como a superlotação e o sucateamento de nosso sistema carcerário. Contudo, tal cenário recebe um certo respaldo do senso comum que vigora na mentalidade de boa parte de nossa população, que nos últimos anos vem sendo fortemente influenciada por anseios punitivistas e ideologias que vilipendiam os direitos humanos.

Propositamente, a análise do princípio da paridade de armas foi escolhida para ser realizada posteriormente às dos demais, atrelada ao apodo criado por advogados criminalistas referente ao processo penal brasileiro, que embora seja rígido na teoria, está em constante reinvenção na prática, gerando a necessidade de adaptações frequentes ao “novíssimo” modelo processual. Édson Luís Baldan, em um verdadeiro desabafo publicado em forma de artigo pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais²⁷, reflete a dificuldade enfrentada pela defesa cotidianamente, com duras críticas que merecem reprodução, ante a sua fidelidade:

Ainda que assentado explicitamente em normas legais e constitucionais ser o advogado reputado indispensável à administração da Justiça (CRFB, 133), constituindo seus atos um múnus público porque decorrentes do exercício de função de caráter social e da prestação de serviço de natureza pública, verdade é que o advogado vem sendo, reiterada e crescentemente, obstaculizado em seu exercício profissional, vilipendiado em suas

²⁷ BALDAN, Édson Luís. Lineamentos da investigação criminal defensiva no Provimento 188/2018 do Conselho federal da OAB. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, n. 322, p. 7-9, setembro de 2009.

prerrogativas funcionais, esbulhado em seu direito de defesa, aviltado na desconstrução de seu nobre papel social, seja durante a fase da investigação preliminar, quer em etapa subsequente quando, nos átrios forenses, sobrepairam autoproclamados semideuses. (BALDAN, 2019, p. 7)

Assim, tendo em vista que é justamente “na prática” que as situações se desenrolam, inicialmente é possível inferir que o princípio da paridade de armas encontra respaldo e comunga com os que estão acima dispostos. Logo, basta o aviltamento contra um dos brocados jurídicos anteriores para que a paridade de armas esteja seriamente comprometida. Em uma primeira impressão, o termo remete à igualdade de oportunidades e chances em uma “luta”, na qual cada um dos lados apresentará as suas melhores “armas” para conquistar o bem disputado. De fato, o bem em litígio é infungível e de extremo valor: trata-se da liberdade individual. Tomando o processo penal como um “campo de batalha”, percebe-se que o mesmo está preparado quando há ao menos uma pessoa natural “de um lado”; o Estado “do outro”, por meio do Ministério Público; e o próprio Estado para julgar o embate. Nessa analogia, a situação remete a uma relação de hipossuficiência e deslealdade para com o indivíduo passivo, que caso não empreenda o máximo de seus esforços do modo correto, dispondo das mesmas armas que “o outro lado”, certamente sairá perdedor do confronto e seu bem perecerá. A classificação doutrinária é unânime ao ressaltar a imprescindibilidade desse valor processual, que é a possibilidade de acusação e defesa gozarem dos mesmos pressupostos e requisitos legais e utilizá-los na mesma proporção durante o processo, em busca do resultado almejado. Alexandre Morais da Rosa é cirúrgico e reflete a realidade de modo crítico:

Não há jogo processual institucionalizado sem regras. Mas o conteúdo e incidência dependem da adesão subjetiva dos jogadores/julgadores, tendo em vista a questão da lealdade processual. No processo entendido como jogo, as regras estabelecem as jogadas ilícitas bem assim regulamentam os comportamentos autorizados, proibidos e obrigatórios. Quando se trata de processo penal, a intervenção do Estado, na posição de terceiro, deveria se dar sem a participação efetiva na produção probatória, já que sua posição, assim, deveria ser de árbitro, provido de parcialidade objetiva, subjetiva e cognitiva: sem interesse no caso ou de vitória de qualquer das partes, próprio do modelo adversarial. Entretanto, como já sublinhado, a própria noção das regras depende da atitude do jogador/julgador em face de seu lugar e função no jogo processual penal. (ROSA, 2017, p. 356-357)

Diante dessa realidade, na linha de raciocínio do autor, é necessário garantir ao menos tratamento isonômico às partes, já que não dá para igualar todo o arsenal acusatório do *Parquet* na tentativa de quebra da presunção de inocência com os

esforços defensivos de um(a) mero(a) réu(ré). Destaca-se, nesse sentido, trecho do acórdão do julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo n. 648.629/RJ do Supremo Tribunal Federal, no qual os Ministros afirmaram que a isonomia é um elemento ínsito ao princípio constitucional do contraditório (art. 5º, LV, da CRFB), do qual se extrai a necessidade de assegurar que as partes gozem das mesmas oportunidades e faculdades processuais, atuando sempre com paridade de armas, a fim de garantir que o resultado final jurisdicional espelhe a justiça do processo em que prolatado.

Em um relato fidedigno da prática forense sobre situações que vão de encontro à paridade de armas²⁸, Evinis Talon afirma que o ordenamento jurídico brasileiro “não apenas desconsidera a paridade de armas, como também coloca a defesa em nítida desvantagem, atribuindo ao acusador poderes exclusivos e benefícios simbólicos” (TALON, 2017, p. 1). Para tal, o causídico elenca a ausência de investigação preliminar defensiva na legislação (que será esmiuçada no capítulo a seguir); a forte influência/ingerência do Ministério Público na atividade policial; a dificuldade da defesa de obtenção de informações relacionadas a inquéritos e procedimentos (mesmo com a Súmula vinculante nº 14²⁹ do Supremo Tribunal Federal em pleno vigor); a réplica do *Parquet* no rito do Tribunal do Júri prevista no artigo 409 do Código de Processo Penal; e a “quantidade elevada de órgãos e instituições que se encontram do lado acusatório no inquérito policial e na fase processual, enquanto a defesa permanece isolada”, destacando a Polícia Militar, a Polícia Civil, o Ministério Público, a assistência à acusação e os “Juízes que insistem em produzir prova de ofício”. Portanto, o problema central do “Novíssimo Processo Penal” se pauta no desvirtuamento de princípios processuais penais, tais como o da não-culpabilidade, do contraditório e da legítima defesa, que gera tanto consequências imediatas, como a insegurança jurídica, quanto consequências práticas, por meio do aumento do número de cumprimentos antecipados de penas.

Além disso, data vênia, em muitos casos percebe-se que não há zelo por parte do *Parquet* na avaliação das situações ao apresentar denúncias ineptas e dar origem a ações penais sem justa causa, sem lastro probatório mínimo e repleta de ilações para mascarar tais vícios e forçar um nexo de causalidade entre o tipo penal

²⁸ Disponível em: <<https://evinistalon.com/paridade-de-armas/>>. Acesso em: 01/02/2020.

²⁹ Súmula Vinculante 14: 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.

e os fatos narrados. É de amplo conhecimento que nem todos(as) os(as) acusados(as) possuem condições financeiras para arcar com uma defesa técnica detalhista e minuciosa, patrocinada por um(uma) advogado(a), ficando à mercê da Defensoria Pública, que não consegue dar conta de modo ideal da imensa demanda social e nem está presente em todas as cidades e comarcas do país.

O Ministério da Justiça, por meio da Secretaria de Reforma do Poder Judiciário, em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e com a Agência Brasileira de Cooperação do Ministério das Relações Exteriores (ABC/MRE) elaborou o IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil, publicado no ano de 2015. A metodologia se deu de modo similar ao Relatório do INFOPEN narrado no primeiro capítulo do presente trabalho, por meio de questionários digitais destinados a defensores e defensoras federais e estaduais. Restou provado que o acesso à justiça no Brasil é “desigual e desfavorável”, principalmente para a população carente.

Como soluções apresentadas ao final pela classe dos(das) causídicos(as) públicos(as), destaca-se ampliação do quadro de servidores, estagiários e funcionários de apoio; autonomia financeira, institucional e funcional; melhorias na estrutura física e nos materiais de trabalho; equiparação de remuneração com os demais órgãos da Justiça; expansão, regionalização e capilarização da Defensoria Pública; capacitação humanística, técnica e gerencial dos Defensores e servidores de apoio; criação do Conselho Nacional dos Defensores Públicos; entre outros. Contudo, não é exclusividade da defensoria pública enfrentar barreiras e desafios para o desenvolvimento de uma atuação eficaz. Para além do ativismo judicial já elencado, a omissão dos julgadores em momentos processuais também resulta em risco à paridade de armas. A constante remodelação do fatídico instituto da colaboração premiada (mais conhecida como delação) e a personalização do mesmo de acordo com o caso e com o réu representa perigoso exercício arbitrário das autoridades policiais e promotores(as), pois a palavra do(a) delator(a) tem sido interpretada como fortíssimo elemento de prova nas grandes operações, obrigando a defesa a fazer prova de inocência de seu(sua) constituinte, em uma absurda inversão da lógica processual penal.

Como exemplo de ativismo judicial que modificou radicalmente as “regras do jogo” (parafraseando Alexandre Morais da Rosa) em 2016, temos a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de cumprimento

de pena antes do trânsito em julgado processual, tendo em vista que o aumento do número de cumprimentos antecipados de penas contribuiu para a degradação de nosso sistema carcerário. Tal mudança foi proferida por maioria de votos no julgamento do Habeas Corpus nº 126.242/SP, decorrente do processo penal no qual o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva é réu. A decisão gerou eficácia *erga omnes*³⁰, resultando na possibilidade de cumprimento imediato de sentença penal condenatória proferida em segunda instância em todos os processos em tramitação, ainda que o resultado tenha sido a absolvição do acusado no juízo *a quo*.

Com base nisso, a decisão de nossa corte máxima abriu margem para a possibilidade de determinação de cumprimento antecipado da pena, mas, felizmente, não gerou um dever. Por exemplo: A Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de determinado Estado não era obrigada a determinar o imediato cumprimento de pena de um(a) acusado(a) que teve a sua condenação mantida em segundo grau. Logo, a determinação de que o réu ou a ré permanecesse em liberdade até o trânsito em julgado da ação foi uma hipótese na qual o próprio Poder Judiciário pôde mitigar o problema, uma vez que ainda eram cabíveis recurso especial e recurso extraordinário para as Cortes Superiores. Ora, ainda assim, a decisão gerou perigoso precedente, aviltando contra princípios basilares, norteadores do nosso direito, como a dignidade da pessoa humana e os demais expostos. A Constituição Federal, no inciso LVII do artigo 5º, é clara:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

No mesmo sentido versa o Código de Processo Penal, no artigo 283:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

³⁰ Expressão oriunda do latim que representa a concessão de efeito vinculante a uma norma, gerando a necessidade de aplicação do entendimento a casos análogos, em nome da segurança jurídica, após uma determinada decisão de órgão superior, como o Supremo Tribunal Federal, no caso em análise.

Logo, percebe-se que o ordenamento jurídico estabelece que o cumprimento antecipado da pena não é viável em caso de decisão de mérito em segunda instância, já que por meio de recurso para o Superior Tribunal de Justiça ou para o Supremo Tribunal Federal a situação processual pode ser analisada e modificada a favor do réu, pois o princípio do duplo grau de jurisdição visa garantir a possibilidade de que as decisões judiciais sejam revisadas por outro juízo. Apesar de não ser um dos princípios previstos na Constituição Federal, ele é decorrência do sistema processual previsto pela mesma.

Observa-se, entretanto, que a interpretação conferida aos dispositivos em comento não tem sido pacífica. Até 2009, o Supremo entendia que não havia impedimento à execução provisória da pena, sendo permitida a privação da liberdade do acusado antes do julgamento de todos os recursos, com a decisão do Habeas Corpus nº 68.726/SP em 1991, de relatoria do Ministro Néri da Silveira. A justificativa do posicionamento consistia no fato de que os recursos para as cortes superiores seriam desprovidos de efeito suspensivo, sendo assim incapazes de impedir o cumprimento do mandado de prisão. Em 2009, houve o julgamento do Habeas Corpus nº 84.078/MG, de relatoria do Ministro Eros Grau e, por maioria, considerou-se que para haver prisão decorrente de condenação, haveria necessidade da configuração do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, conforme estabelecido em Lei. Todavia, conforme já narrado, o entendimento não se estabilizou com esse viés, pois em 2016 houve a retificação de tal entendimento. Outrossim, apesar do entendimento vigente à época, divergentes foram os posicionamentos doutrinários. Aury Lopes Jr., por exemplo, defendeu que a presunção de inocência é princípio reitor do processo penal, constituindo um dever de tratamento, não restando dúvidas acerca da literalidade da Constituição Federal, que não abriria margem para interpretações diversas:

No Brasil, a presunção de inocência está expressamente consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição, sendo o princípio reitor do processo penal e, em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (eficácia). (LOPES JUNIOR, 2016, p. 78)

É imperioso trazer à baila, ainda, uma reflexão trazida pelo autor, na qual pondera a importância da presunção de inocência por constituir um verdadeiro limite

democrático à exploração abusiva da mídia em torno do crime, do criminoso e do próprio processo judicial, isto é, corroborando a evitar o processo de estigmatização precoce do réu. Tem-se, assim, na garantia constitucional, o objetivo de impedir a prisão do indivíduo sem a sólida certeza de sua condenação (LOPES JUNIOR, 2016). Somente em novembro de 2019 tal situação foi corrigida, com nova mudança de entendimento do STF no julgamento conjunto das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54. Felizmente, o entendimento que vigora atualmente é o de que não é possível a execução da pena em decorrência de decisão condenatória proferida em 2ª instância, em respeito à Constituição e ao Código de Processo Penal. Percebe-se que de 1991 a 2019 houve quatro entendimentos distintos em nossa corte máxima sobre matéria criminal tão sensível. Aliado a tal fato, é interessante expor os votos dos ministros que atualmente compõem o Tribunal, como um reflexo desse cenário de insegurança jurídica: Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Carmem Lúcia votaram a favor da prisão em segunda instância, ao passo que Marco Aurélio, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Melo e Dias Toffoli votaram contra.

Diante dessa realidade, o panorama exposto de acusação compulsória e defesa deficiente nos permite afirmar que há, na realidade, uma disparidade de armas no processo penal brasileiro, que, por sua vez, estabelece uma relação direta de causa e consequência com a degradação de nosso sistema carcerário, cada vez mais superlotado e sucateado, distanciando-se do seu papel de ressocialização do indivíduo, conforme já narrado. Uma vez que a realidade narrada se dissocia do ideal, não é preciso muito esforço para perceber que o direito penal deixou de ser a *última ratio* e que se faz necessário aplicar medidas que visem a correção desse cenário de injustiça.

4 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

Em um cenário ideal, o Estado deve dizer o direito e aplicar as medidas no caso concreto após a correta tramitação processual, por meio de uma decisão completa e motivada, legitimando o poder exercido pelo Judiciário. Do mesmo modo, no momento da aplicação da lei deve haver a observância do respeito ao ordenamento jurídico e aos seus preceitos e princípios fundamentais. Seguindo essa lógica, a participação das partes de modo igualitário é um meio de garantir a observância do devido processo legal, contribuindo para a efetivação da justiça e consequentemente para a mitigação de mazelas e vicissitudes do sistema. Logo, um processo bem instruído tende a ser um processo bem julgado, com uma resposta eficaz e eficiente aos anseios das partes. Dessa forma, se compreendermos o processo penal sob essa ótica, bem como, ao mesmo tempo, a investigação criminal como suporte prévio para o mesmo, por consequência natural, o objetivo da investigação também passa a ser de reconstruir os fatos passados. Contudo, é imprescindível pontuar que não é possível reconstruir fatos pretéritos com exatidão, mas, por meio do processo, garantindo e observando todos os direitos da pessoa acusada, viabiliza-se a verdade processual, chegando próximo ao que de fato aconteceu.

Sendo assim, esse instrumento, que possui uma função extremamente complexa, não deve estar concentrado nas mãos de um único ente, como a polícia judiciária, devendo ser resultado de uma colaboração entre as funções essenciais à justiça. Além disso, é necessário frisar que a investigação criminal não tem por objetivo comprovar a infração penal, mas sim averiguar os fatos imputados, que podem ou não possuir natureza criminosa. Isso se justifica, pois, caso essa primeira afirmação fosse verdade, se configuraria um reconhecimento da parcialidade do instrumento investigatório desde a sua origem, pois o seu objetivo seria encontrar elementos que prejudicassem o acusado, deixando de lado, consequentemente, a busca pelo esclarecimento da verdade dos fatos, destoando do princípio elencado no capítulo anterior. Nesse sentido, leciona Nucci:

A imputação feita ao acusado é composta por fatos, que precisam ser convenientemente demonstrados ao juiz para formar o seu convencimento. Conforme a versão exposta dos fatos, pode o julgador absolver ou condenar o réu; isso não significa que tenha ele atingido um juízo de realidade, mas apenas se convenceu da verdade, à luz do seu raciocínio. Sabe-se, por

certo, que a busca da verdade, no processo, é uma tarefa complexa, envolvendo a atuação das partes para levar provas ao magistrado e convencê-lo acerca de uma das versões expostas. Porém, sustenta-se a existência do princípio da busca da verdade real no processo penal como modelo diferenciado de captação de provas e formação do convencimento do julgador. (NUCCI, 2012, p. 118)

Teoricamente, a Polícia Civil ou Federal, sem compromisso com acusação ou defesa, deve reunir o máximo de informações possíveis acerca de um possível fato delituoso que tenha tomado conhecimento e instaurar inquérito oficial, no qual os dados colhidos devem ser dispostos, dando origem a um procedimento administrativo que antecede o rito processual penal. Há, desde o momento pré-processual, necessidade de imparcialidade da autoridade investigativa e de observância das garantias do(a) investigado(a). Portanto, investigar é inerente à polícia judiciária e se torna um poder/dever, pois, caso entenda pela pertinência da ação, o inquérito é concluído com um relatório completo da autoridade policial e a distribuição ao juízo competente para julgar a matéria. Caso entenda que não exista materialidade, provas ou sequer fundados indícios de que o(a) suspeito(a) cometeu crime, cabe ao(à) delegado(a) arquivar o procedimento e interromper a continuidade do mesmo.

Sendo assim, tendo em vista que o Ministério Público tem exercido investigação própria desde o momento anterior ao oferecimento da denúncia, com base nos princípios constitucionais, sobretudo da ampla defesa, do contraditório e da paridade de armas, surge a necessidade da investigação defensiva. É a partir do reconhecimento de que na investigação criminal deve ter espaço para o contraditório e a ampla defesa que se percebe a imprescindibilidade da participação dos sujeitos interessados, mesmo que com interesses contrários. Desse modo, assim como o *Parquet* pode requerer diligências e realizar atos investigatórios, a defesa deve ter a permissão para realizar procedimentos legais que sejam do interesse do(a) seu(sua) constituinte, de acordo com a estratégia do caso.

Logo, conceitua-se a investigação criminal defensiva como o conjunto de atos executados por profissional competente e seus auxiliares com o fito de instruir a defesa (ou a acusação, em caso de configuração do artigo 263 do Código de

Processo Penal³¹) em busca de uma atuação completa e complexa no processo, de acordo com a estratégia e com as particularidades do caso concreto.

No entanto, vale salientar que em razão de não ser exercida pelos agentes que receberam outorga de poderes do Estado, detentor de fé pública e possuidor do *jus puniendi*, a atuação da advocacia encontra algumas limitações que restringem a sua atividade. Trata-se das reservas constitucionais estabelecidas, como, por exemplo, interceptação telefônica, quebra de sigilo bancário e mandados de busca e apreensão domiciliar, já que estes instrumentos representam uma forte interferência na privacidade dos indivíduos, o que requer uma maior cautela e exclusividade na sua utilização. Ademais, a atividade da investigação defensiva também fica limitada à legislação infraconstitucional, como o Estatuto da Advocacia, e aos provimentos administrativos, como o Código de Ética e o inovador de número 188/2018, proferido pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que será adiante analisado.

Nesse sentido, a colheita de depoimentos, a obtenção de dados e informações em órgãos públicos ou privados, a elaboração de laudos e exames periciais constituem rol exemplificativo de ações empreendidas diariamente pela defesa na busca de uma melhor instrução processual. Conforme dito, a investigação defensiva pode contribuir para o estabelecimento da verdade processual, tornando evidentes informações negligenciadas pelo órgão estatal investigador, haja vista que há uma seleção de informações por parte da acusação para serem dispostas nos autos, visando lograr êxito em sua pretensão punitiva. Além disso, o exercício desse mister pela defesa transcende o objetivo de ajudar o(a) acusado(a), beneficiando todo o julgamento com inúmeras outras vantagens, como elenca Edson Luís Baldan:

a) aprimoramento da investigação policial como contraponto eficaz às provas produzidas pelo defensor, obrigando a Polícia Judiciária e o MP a buscarem contínuo aperfeiçoamento técnico-científico; b) criação (ou hipertrofia) de uma categoria profissional: os investigadores privados; c) estímulo ao culto das ciências afins ao Direito Penal, como Criminalística, Criminologia, Medicina Legal, com a consequente necessidade de adequação do ensino técnico e superior; d) redimensionamento da estatura jurídica do advogado (dentro e fora do processo), transmudando-o da condição de mero espectador inerte e inerte para a posição de ativo protagonista na formação da prova criminal; e) obrigação da motivação judicial na admissão da acusação, criando-se verdadeiro juízo de prelibação

³¹ Art. 268. Em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no art. 31.

que arredaria a instauração da instância judicial quando insuficientes os elementos indiciários e de prova e f) maior proximidade do processo penal com a verdade “real” atingível pelo fortalecimento da prova criminal, com a consequente serenidade maior do Magistrado ao proferir seu *decisium* com ouvidos às razões produzidas por acusação e defesa em perfeita *égalité des armes* (BALDAN, 2007)

Nesse contexto, fica claro que a instauração de uma cultura proativa de defensores tende a beneficiar não apenas o(a) réu(ré), mas toda a seara jurídica, porque, como bem apontou o autor, levaria ao aprimoramento das instituições que normalmente desempenham investigação na busca por um padrão de excelência; ao fomento às discussões sobre o tema no ambiente acadêmico, no processo de desenvolvimentos dos futuros profissionais; e a processos mais instruídos, que acarretariam em decisões mais fundamentadas e mais justas. Obviamente, uma vez equiparada à investigação acusatória, deverá a investigação defensiva corresponder a preceitos fundamentais e diretrizes regulamentadoras, como a preservação do sigilo de informações, o respeito aos direitos de terceiros (como a privacidade, a honra, a intimidade e a imagem) e a atuação zelosa e proba do(a) advogado(a), que deverá responder legalmente em caso de excessos e abusos.

Em contraste com outros países nos quais a defesa possui mais prerrogativas, o Brasil apenas esboçou o tema no ano de 2009, com o Projeto de Lei do Senado de n 156, que tramita atualmente perante a Câmara dos Deputados sob o n 8.045/2010. De acordo com o sítio eletrônico do Congresso Nacional, a proposta reúne mais de 252 projetos sobre o tema e surgiu de uma comissão formada por juristas e senadores, visando a reforma do Código de Processo Penal de 1941. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil reacendeu a discussão sobre o tema, com a publicação no Diário Eletrônico da entidade no dia 31 de dezembro de 2018 do Provimento n. 188, que regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais.

Em seu artigo primeiro, já há a definição: a investigação defensiva nada mais é do que o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte.

De acordo com o documento, a mesma pode ser desenvolvida a qualquer momento, dados como exemplo a investigação preliminar, o decorrer da instrução processual em juízo, na fase recursal em qualquer grau, durante a execução penal e, ainda, como medida preparatória para a propositura da revisão criminal ou em seu decorrer. O terceiro artigo traz um rol exemplificativo do emprego das provas produzidas, tais como em pedido de instauração ou trancamento de inquérito (I); rejeição ou recebimento de denúncia ou queixa (II); resposta à acusação (III); pedido de medidas cautelares (IV); defesa em ação penal pública ou privada (V); razões de recurso (VI); revisão criminal (VII); habeas corpus (VIII); proposta de acordo de colaboração premiada (IX); e proposta de acordo de leniência (X); sem prejuízo de utilização em outras medidas que assegurem os direitos individuais do(a) réu(ré). O parágrafo único do referido artigo ainda ressalta a possibilidade de utilização das provas na proposição de ação penal privada, por meio de apresentação de queixa-crime.

As possibilidades de atuação do(a) defensor(a) estão previstas no artigo 4º, por meio de “diligências investigatórias necessárias ao esclarecimento do fato”, como a colheita de depoimentos, pesquisa e obtenção de dados e informações disponíveis em órgãos públicos ou privados, a determinação de laudos e exames periciais, e reconstituições, ressalvadas as hipóteses de reserva de jurisdição. Para tal, o(a) advogado(a) poderá contar com a contribuição de detetives, peritos, técnicos e auxiliares. Por fim, as questões de natureza ética e profissional encontram respaldo nos artigos 5º, 6º e 7º, que reforçam a necessidade de manutenção do sigilo profissional sobre as informações pessoais do cliente, de respeitar os direitos e garantias de eventuais terceiros envolvidos; e da ausência de dever de informação do resultado da procura às autoridades. O texto é finalizado com a exortação da restrição do exercício da atividade, uma vez que é privativa da advocacia, unicamente destinada à prática profissional, bem como, magistralmente, é nítido ao afirmar que não pode haver nenhum tipo de censura ou impedimento relacionado à sua aplicação. Logo, nenhuma autoridade ou parte adversa pode cercear tal situação, sob pena de nulidade processual.

4.1 BASES PARA O PLENO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA

É possível inferir que a constante violação das garantias do(a) acusado(a) no processo penal gerou a necessidade de aprimoramento das técnicas defensivas, em busca de “equilibrar” as chances de acusação e defesa no jogo processual, conforme já suscitado. O Estatuto da Advocacia e da OAB³² bem como o Código de Ética³³ pautam-se no bom comportamento, no decoro e na observância da conduta reta e proba do(a) profissional habilitado(a) ao exercício da advocacia. Espera-se o comportamento ilibado daqueles(as) também conhecidos(as) como patronos(as), causídicos(as) e defensores(as), uma vez que estes(as) detêm os instrumentos para a promoção da justiça, por meio da provocação e movimentação da máquina estatal, como operadores de um exercício democrático jurisdicional, garantindo a efetivação e o cumprimento de princípios basilares do Estado Democrático de Direito, dos quais se destacam a paridade de armas, a ampla defesa, o contraditório e a presunção da inocência.

Diante dessa realidade, essas normas representam a trajetória de luta da Ordem dos Advogados do Brasil em função da advocacia, na qual a ideia de liberdade individual é fundamental no sentido de valorização da profissão. Portanto, consubstanciam a perquirição da seguridade no processo de atuação, garantindo prerrogativas que protejam o exercício cidadão da democracia. O objetivo é a compreensão e a visão de que o advogado também é um cidadão, em seu aspecto profissional, no âmbito das liberdades.

O vocábulo deriva da expressão em latim *ad vocatus*, que significa “o que foi chamado”. No Direito Romano, designava a terceira pessoa que o(a) litigante chamava perante o juízo para falar a seu favor e defender seus interesses. Logo, com fulcro nos aspectos supra elucidados, firmou-se o entendimento da figura do(a) advogado(a) enquanto bacharel em Direito inscrito(a) na OAB, habilitado(a) para o exercício da atividade profissional, consistindo na postulação, defesa e aconselhamento dos direitos alheios ou próprios junto a órgãos governamentais. Diante dessa conjuntura, em 1994 ascendeu a Lei Federal nº 8.906, assegurando liberdade de atuação, garantias e prerrogativas inerentes ao exercício da profissão. Nas atividades do Poder Judiciário, a advocacia exerce importante papel social na

³² Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994.

³³ Resolução nº 02/2015 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

efetivação de direitos, ainda que, para assegurar garantas, muitas vezes, os(as) advogados(as) precisem emitir manifestações “impopulares”, a contragosto do poder vigente e de autoridades. Para tanto, ao longo da trajetória da profissão fez-se necessário positivar não apenas deveres éticos, mas também prerrogativas e proteções próprias de sua função. Nesse sentido, o Estatuto alia-se aos princípios constitucionais para garantir independência institucional, liberdade de fala, manifestação e expressão, inviolabilidade de comunicações entre advogado(a) e cliente, livre acesso aos gabinetes e cartórios, livre acesso ao conteúdo de processos, e proteções contra prisões arbitrárias no exercício da função.

Com o surgimento de novos desafios contemporâneos potencializados pela globalização, tais como a dinamicidade da troca de informações, o constante avanço da internet e das novas tecnologias em geral, e as mudanças de relacionamento que modificam a relação advogado-cliente, no primeiro semestre de 2016 entrou em vigor o novo Código de Ética e disciplina, ressaltando ainda mais a figura do(a) advogado(a) como defensor(a) do Estado Democrático e agente da administração da justiça e estabelecendo preceitos éticos para uma relação de harmonia profissional e social. Outro ponto salutar a respeito da discussão é sobre o mito que se criou de que há uma hierarquia entre membros do Poder Judiciário e defensores(as). Visando, de uma vez por todas, disciplinar essa situação e deixar claro que não há qualquer forma de submissão funcional, o artigo 6º do Estatuto estabelece que não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos. O parágrafo único complementa no sentido de que as autoridades, os servidores públicos e os serventuários da justiça devem dispensar ao advogado, no exercício da profissão, tratamento compatível com a dignidade da advocacia e condições adequadas a seu desempenho.

Diante dessa realidade, destaca-se a importância de utilização das prerrogativas como uma maneira de ter os direitos inerentes à classe respeitados. Assim, o(a) advogado(a) deve reconhecer que não é subordinado(a) do(a) juiz(a), exercendo suas funções em plenitude. Não deverá, contudo, em momento algum, excedê-las e faltar com decoro, mantendo sempre a cordialidade e a solidez.

4.2 A LEGITIMIDADE DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NA PRÁTICA COTIDIANA

A partir da reformulação do Código de Processo Penal Italiano, fonte de inspiração para o direito penal brasileiro, o diploma legal passou a ter natureza acusatória, superando o autoritarismo do Código Rocco e buscando efetivar princípios constitucionais de liberdade e defesa do processo penal. Com isso, a modalidade de investigação pela defesa foi instaurada naquele país, permitindo às partes a elaboração de prova, retirando a defesa do papel de mero observador e conferindo-lhe destaque no movimento de instrução processual. No trabalho “A investigação criminal defensiva como pressuposto da paridade de armas na dinâmica do processo justo”³⁴, Matheus Carvalho Moreira dedica um capítulo ao direito comparado, aduzindo, sobre o sistema penal italiano:

As investigações preliminares (*indagini preliminari*), estão a cargo do Ministério Público ou da Polícia Judiciária e têm por finalidade recolher elementos para embasar a viabilidade da ação penal ou para fundamentar medidas cautelares. Cabe ressaltar que nesta fase existe um juiz específico que irá atuar a depender de requerimento das partes, tendo por função resguardar os direitos e garantias do investigado. Além disso, deve fiscalizar a atuação do Ministério Público e decidir sobre pedidos feitos por este ou pelas partes. Com relação ao defensor do investigado, tem este o direito de participar de alguns atos das *indagini preliminari*, ressaltando que alguns atos só são válidos se forem previamente notificados ao defensor, como exames técnicos irrepetíveis, interrogatório, dentre outros. (MOREIRA, 2014, p. 27)

Interessante notar que a experiência italiana apresenta a figura do “juiz de garantias”, que foi implementada no Brasil em 24 de dezembro de 2019, por meio da Lei nº 13.964/19, após aprovação do “pacote anti-crime” no Congresso Nacional, cuja função, nos termos do artigo 3º B, é “controlar a legalidade da investigação criminal” e “salvaguardar os direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário”. Suas atribuições específicas estão dispostas nos dezoito incisos do referido artigo. Em relação à sua implementação, o Ministro Dias Toffoli, presidente do Supremo Tribunal Federal, proferiu decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6298/2019 no dia 15 de janeiro de 2020, no

³⁴ Monografia de conclusão de curso, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como um dos requisitos à obtenção do título de bacharel em Direito, sob orientação da Professora Marcella Alves Mascarenhas Nardelli, na área de concentração do Direito Processual Penal.

sentido de suspender por 180 dias a aplicação do instituto, para possibilitar discussões acerca do tema e uma determinada organização dos tribunais.

Bruno Maurício³⁵ e Diogo Henrique³⁶, sob a orientação de João Paulo Orsini Martinelli³⁷, no artigo “A possibilidade de investigação defensiva dentro do modelo constitucional brasileiro”, publicado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais na Revista Liberdades, nº 12, em janeiro/abril de 2013, sobre o sistema italiano, complementam:

É certo que a legislação italiana acabou atribuindo ao advogado defensor um direito-dever de buscar por evidências, provas e até laudos técnicos, que favoreçam seu cliente. Por isso, o defensor italiano deixa de ser um mero espectador passivo da atividade investigatória e passa a ter um papel totalmente contrário, tornando-se uma peça de fundamental importância para o desenrolar das investigações. Digo isso, pois, o defensor, que conduzirá sua própria investigação, buscará elementos que tentarão afastar seu cliente de futura ação penal e que, em contrapartida, forçará a polícia judiciária a realizar as investigações mais a fundo. (MAURÍCIO e HENRIQUE, 2013, p. 12)

Nos Estados Unidos, vigora um modelo no qual o Ministério Público tem domínio amplo da fase investigatória. Assim, a vastidão de poderes investigatórios em posse da defesa foram encarados com mais naturalidade, tendo em vista que, nessa situação, era evidente a necessidade dessa atuação para garantir isonomia na disputa processual iminente. O referido quadro fez com que a advocacia defensiva também ganhasse força nesse país, possibilitando aos escritórios de a especialização e a adequação a essa realidade, para exercê-la de modo mais eficiente, difundindo ainda mais esse instrumento tão salutar à justiça. Os autores aduzem:

O sistema jurídico americano, *common law*, se baseia em um conjunto de normas e princípios decorrentes de usos e costumes e da jurisprudência, não havendo o marco da positivação. Pautado no *adversarial system*, onde a gestão probatória é dever das partes, que devem investigar os fatos e instruir o processo, de todas as maneiras possíveis, inquirindo testemunhas, contratando e inquirindo peritos, etc. A partir do momento em que existe um suspeito, a ele são dispensadas várias garantias, começando pelo direito de defesa, de integridade, intimidade, não auto-incriminação, dentre outras. O direito à prova defensiva abrange tanto a inquirição de testemunhas, como todos os elementos probatórios testemunhais propostos pelo acusado. [...]fato é que a investigação criminal defensiva é plenamente admitida no

³⁵ À época da publicação, Bacharelando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e associado ao IBCCRIM.

³⁶ À época da publicação, Bacharelando em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

³⁷ Mestre e Doutor em Direito Penal pela USP. Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

sistema jurídico americano, até porque decorre do sistema adversarial adotado nos Estados Unidos. Nota-se também que não há um procedimento positivado, devendo o advogado se pautar por deveres éticos e observar os parâmetros constitucionais. (MOREIRA, 2014, p. 25-26)

O sistema norte-americano, embora possua o sistema jurídico da common law, atribui às partes (acusação e defesa) a responsabilidade de produzirem as provas que julgarem necessárias para atingir o objetivo final da lide, seja a condenação ou a absolvição. Isso inclui dizer que acusação e defesa poderão investigar os fatos, inquirir testemunhas, consultar peritos para proferirem pareceres técnicos (MAURÍCIO e HENRIQUE, 2013, p. 10)

No Brasil, de modo implícito, foi adotado o sistema acusatório no processo penal, em razão das garantias previstas no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, como a isonomia processual, o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório e a presunção de inocência. No entanto, ainda vigora um viés eminentemente inquisitório na persecução penal brasileira, principalmente na investigação criminal, que visa a condenação, criando resistência à tentativa de consolidação da investigação defensiva. Édson Luís Baldan, em artigo publicado no boletim de setembro de 2019 do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), refletiu magistralmente essa realidade:

“Invariavelmente, ao defensor sempre foi reservado um papel secundário, quase marginal, na etapa da investigação preliminar, desenvolvida quase soberanamente pelo delegado de polícia. Uma atuação defensiva, em regra, mostrou-se tímida ou ausente. Tratado, com frequência, como verdadeiro empecilho à marcha das investigações, onde nem sempre direitos individuais são tomados na devida conta, sequer se assegurava ao advogado a efetividade do direito de requerimento de diligências à autoridade policial (CPP, 14) já que estas seriam realizadas, ou não, a “juízo” desse investigador. Em geral, a denegação da medida solicitada pelo defensor vinha arrimada num juízo arbitrário de pura oportunidade e conveniência da investigação estatal, quando deveria ser este um juízo decorrente da análise da estrita legalidade do que se requeria, vale dizer, somente seria legítima a inadmissão da medida pleiteada que afrontasse a legalidade. (BALDAN, 2019, p. 7)

O artigo 144, §4º de nossa Carta Magna prevê a competência da Polícia Judiciária para apurar todas as infrações penais, à exceção das militares, que possuem sistema próprio de apuração de fatos e de justiça. É perceptível que na redação desse dispositivo houve omissão no tocante à investigação a ser realizada por outros órgãos, não se tratando de uma situação em que vigora o “silêncio eloquente”. Tal afirmação é plausível, pois em diversos outros trechos de nossa Lei máxima, especialmente nos que tratam da matéria de competências, o constituinte

tomou o cuidado de esclarecer as hipóteses de exclusividade de atribuição de algum órgão. Contudo, isso não se observa no dispositivo retromencionado.

Seguindo essa linha de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal, em 2015, durante o julgamento do Recurso Extraordinário nº 593727, com base na “Teoria dos Poderes Implícitos”, conferiu legitimidade aos poderes de investigação do Ministério Público. Os termos da decisão podem ser encontrados por meio de consulta processual no site da Suprema Corte:

Decisão: O Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário e reconheceu o poder de investigação do Ministério Público, nos termos dos votos dos Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Rosa Weber e Cármen Lúcia, vencidos os Ministros Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, que davam provimento ao recurso extraordinário e reconheciam, em menor extensão, o poder de investigação do Ministério Público, e o Ministro Marco Aurélio, que dava provimento ao recurso extraordinário e negava ao Ministério Público o poder de investigação. Em seguida, o Tribunal afirmou a tese de que o Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei nº 8.906/94, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante nº 14), praticados pelos membros dessa Instituição. Redator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 14.05.2015.

Essa tese, oriunda dos tribunais norte-americanos a partir do caso “*McCulloch vs. Maryland*”³⁸, sustenta que, quando a Constituição destina determinada atividade-fim para um órgão, também concede todos os meios necessários para atingi-la. Dessa forma, de acordo com a teoria, o *Parquet*, na posição de titular da ação penal, também deveria ser detentor dos meios necessários para produzir os elementos que sustentariam a peça acusatória, a partir da atividade investigativa. Durante o julgamento, o Supremo fixou limites para a atividade investigativa do órgão ministerial com a finalidade de evitar possíveis abusos,

³⁸ Nesse caso, em síntese, o Estado americano de Maryland tentou impedir a instalação em seu território do Segundo Banco dos Estados Unidos, criado pelo Congresso Nacional americano. Para atingir seu objetivo, criou um imposto sobre cada nota fabricada em bancos que não tivessem origem no Estado, visando atingir a instituição recém-chegada e inviabilizar o seu funcionamento. Com a recusa do cumprimento da regra abusiva por James McCulloch, representante do Segundo Banco, a Suprema Corte americana foi instada a intervir no conflito, proferindo decisão em março de 1819 que declarava a inconstitucionalidade da cobrança e permitia o funcionamento do Banco, com base em um interesse maior da União, já que o mesmo havia sido criado por iniciativa dela.

estabelecendo que os atos devem ser necessariamente documentados pelos seus membros, além da obrigação de observar as reservas constitucionais de jurisdição, como no caso da interceptação telefônica, e as prerrogativas dos(as) advogados(as), inclusive a prevista na Súmula Vinculante nº14, que estabelece o direito da defesa ter amplo acesso aos elementos de prova já documentados no procedimento investigatório.

No entanto, cabe ressaltar que, antes mesmo da publicação da decisão judicial que conferiu tais poderes para a acusação realizar investigações criminais, o órgão ministerial já realizava costumeiramente esse tipo de atividade, tomando como base a Resolução 182/17, ato normativo do Conselho Nacional do Ministério Público que regulamentou a atuação investigativa. Desse modo, a decisão do Supremo apenas convalidou uma atividade que já vinha sendo exercida por esse órgão, complementando com diretrizes a mais do que aquelas já estipuladas no ato normativo da cúpula da instituição. Acerca da investigação realizada pelo órgão ministerial, afirma Naydoo dos Santos Júlio no trabalho “A investigação criminal pela defesa”³⁹:

Logo, percebe-se um cenário no qual o Ministério Público deixa de acompanhar e participar do inquérito policial, de forma subsidiária, visto ser a Polícia Judiciária o órgão competente para direção deste, para então assumir como volante da persecução criminal. [...] Concluindo, a investigação preliminar presidida pelo Ministério Público apresenta diferencial ante o modelo policial. Desequilibrar de forma profunda a estrutura dialética do processo é um dos pontos fundamentais para perpetuar e intensificar a discussão, já que o Ministério Público fará a dupla jornada de investigar e acusar e, ao realizar o primeiro, certamente provocará distorções para propositura ou não da acusação. (JÚLIO, 2014, p. 15-16)

Do mesmo modo, percebe-se que a situação da investigação realizada pela defesa é similar à narrada, merecendo igual análise, segundo a linha de raciocínio de Baldan:

Resta evidente que confinar o advogado à inércia, sem qualquer protagonismo relevante na fase investigatória, privando-o do direito de se defender provando, implica ferimento irreversível à cláusula constitucional do devido processo legal e um inadmissível estreitamento ao direito ao contraditório e à ampla defesa. Nesse sentido, a mencionada decisão do Supremo Tribunal Federal, ao entender pela constitucionalidade do

³⁹Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do Professor Alexandre Morais da Rosa.

exercício da investigação criminal direta pelo órgão do Ministério Público, deve, em única hermenêutica constitucional possível, ser interpretada no sentido de estarem implicitamente conferidas análogas e simétricas atribuições investigatórias em favor da advocacia criminal. A cláusula constitucional regente do devido processo legal restaria violada caso conferidos poderes à parte acusatória em situação não isonômica com aqueles direitos confiados à parte defensiva, em qualquer fase da persecução penal, inclusive na antejudicial. (BALDAN, 2019, p. 8)

No ano de 2018, com base no artigo 54, inciso V, do Estatuto da Advocacia da OAB – Lei nº 8.904/94, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil editou o Provimento nº 188, com o fito de regulamentar o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução de procedimentos administrativos e judiciais. A reação negativa de diversos seguimentos foi instantânea, inclusive do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal do Ministério Público, que levantou questionamentos sobre a inconstitucionalidade e ilegalidade desse ato normativo do Conselho Federal, invocando argumentos como o que a autarquia não poderia regulamentar a investigação dessa maneira, e, em razão disso, esta não poderia ser praticada no Brasil.

Percebe-se, com isso, uma clara incongruência nesse discurso, uma vez que o próprio Ministério Público, que na teoria deveria ser o fiscal da lei, mas na prática figura como parte adversa ao réu no processo penal, obteve a permissão de realizar investigações, ainda que inexistisse previsão constitucional ou legislativa, representando verdadeira quebra do princípio da isonomia e instaurando verdadeira disparidade de armas. Além disso, negar a possibilidade do exercício da investigação defensiva manifesta um desequilíbrio no processo penal brasileiro, haja vista que uma parte - o *Parquet* - passa a possuir mais instrumentos para subsidiar a acusação do que o(a) advogado(a) ou defensor(a) público(a) para inspirar a defesa técnica.

Logo, defender a impossibilidade de prática da modalidade investigatória defensiva acarreta no reconhecimento de que o(a) promotor(a) possui mais poderes do que o(a) causídico(a), que, apesar de colaborar com a administração da justiça, fica posto em um patamar abaixo, ao lado do(a) acusado(a), em grave dissonância do que apregoa a Lei Federal 8.906/94. Reitere-se: por força de lei, inexistente hierarquia entre advogados(as), magistrados(as) e promotores(as). É dever de todos e todas que participam das fases processuais a observância do ordenamento

jurídico e dos seus princípios inerentes, em busca de um processo mais justo e mais humanizado, no qual a sentença só é proferida, conforme já suscitado, após a ideal participação de acusação e defesa na instrução probatória. O processo de consolidação da culpabilidade do agente passa pela produção de provas, desde a fase preliminar, na qual ocorre o procedimento investigatório, à fase posterior, iniciada com a decisão de recebimento da peça acusatória. A fase inicial, geralmente instrumentalizada por meio de um inquérito policial⁴⁰ ou do famigerado PIC (Procedimento Investigatório Criminal), promovido pelo Ministério Público, possui natureza inquisitória, com participação praticamente nula da defesa, que em muitos casos sequer é noticiada. Como se já não bastasse, há ainda procedimentos administrativos que tramitam à revelia, sem qualquer tipo de defesa ou manifestação do processado, dando ensejo a ações penais, como a crescente “onda” de acusações de crimes tributários, por meio da qual o Estado compele o(a) réu(ré) a saciar o seu intuito meramente arrecadatário por meio da ameaça do cerceamento de sua liberdade.

Na teoria, o procedimento deveria servir para instruir análise prévia da viabilidade da demanda, mas, na prática, busca reunir elementos para condenar e sustentar a peça acusatória. Observa-se, ainda, que os meros elementos de informação têm sido utilizados como prova e fundamento para condenações em processos cuja matéria probatória produzida em juízo não é suficiente. Em decorrência do vilipêndio à presunção de não-culpabilidade (inocência), pela produção de provas sem contraditório e ampla defesa, é evidente a necessidade de equiparação das oportunidades entre acusação e defesa, podendo aplicar a investigação defensiva como meio de colecionar e colacionar elementos probatórios que influenciarão a prolação da sentença. Caso contrário, o indivíduo denunciado só teria conhecimento das provas produzidas contra si no momento em que receber a intimação pessoal trazida por oficial(a) de justiça para apresentar resposta à acusação, caso a denúncia recebida em anexo à folha de citação não seja inepta e

⁴⁰Bruno Maurício e Diogo Henrique narram bem sobre o inquérito no artigo “A possibilidade de investigação defensiva dentro do modelo constitucional brasileiro”, publicado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais na Revista Liberdades - nº 12 - janeiro/abril de 2013: “Em resumo, o desenho do inquérito policial atualmente é o de um procedimento administrativo, inquisitório e sigiloso, destinado à investigação de fato criminoso, desencadeado por um conjunto de atos de investigação, sem uma sequência formal legalmente definida, garantindo a liberdade de melhor proceder à elucidação dos fatos, supostamente imparcial, que visa instruir o órgão acusador sobre a ocorrência de fato delituoso ou não.”

possua narrativa clara, sem nenhuma oportunidade prévia de participar e contradizer os fatos em sede de inquérito.

Entretanto, a investigação defensiva não deve ser compreendida enquanto maneira de exercer influência negativa sobre o(a) julgador(a) ou vantagem sobre o *jus puniendi* estatal, mas sim como meio de “equilibrar a balança processual”, efetivando a paridade de armas, o contraditório e a ampla defesa na investigação criminal, instruindo de maneira melhor e mais completa o procedimento judicial e podendo ser exercida a qualquer tempo: a partir da instauração do inquérito policial; quando o mesmo estiver concluído, mas pendente de apreciação e manifestação do Ministério Público; durante a instrução processual; em fase recursal e até mesmo na execução da pena. Portanto, tendo em vista que o processo de investigação pode ensejar em medidas restritivas de liberdade como prisão temporária e prisão preventiva ou em demais medidas cautelares, é dever do(a) causídico(a) acompanhar “de perto” a investigação, além de contribuir para a mesma.

Gabriel Bulhões, em artigo publicado no Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais de abril de 2018, trata sobre as perspectivas desse acompanhamento como forma de efetivar a paridade de armas no processo penal:

Contudo, é bem verdade que essa nova forma de atuação profissional da advocacia exige uma mudança significativa de postura e de perspectiva, a exemplo da maior energia a ser demandada do profissional, que passa a ter uma postura nitidamente mais ativa na defesa dos interesses de seus constituintes. Há, dessa forma, uma especial finalidade preventiva na investigação defensiva, que serve, (i) em alguns momentos, para fomentar a legalidade na atuação dos agentes estatais; e, (ii) em outros, para viabilizar as responsabilizações dos eventuais desvios e excessos cometidos por esses mesmos agentes. É importante perceber que a potencialidade da segunda medida acarreta um efeito pedagógico que fomenta a primeira. (BULHÕES, 2018)

Tomando como base tal entendimento, bem como o detalhamento dos artigos do Provimento 188/2018 acima realizado, é possível estabelecer um paralelo com o que apregoam Anderson Luiz Tamborim e Carlos Alexandre Marques em sua obra, no sentido de orientar as maneiras corretas de desenvolvimento de uma investigação eficaz, direcionando as práticas ideais que devem ser aplicadas para a correta produção de provas:

Você deve analisar o caso antes de agir. Isso exige que você domine os detalhes das informações e evidências em termos de detalhes do conhecimento e detalhes do evento. Um ciclo sistemático de investigação

deve ser confeccionado, conforme a seguir declinado: Plano de ação: você deve especificar – o que você precisa saber em termos de informações e provas a serem coletadas; por que você precisa saber disso; as ações de investigação para coletar o conhecimento (o que precisa ser feito, por quem); a prioridade colocada na ação: deveria fazer, deve fazer, poderia fazer; nesta parte, conforme já dissemos anteriormente, faz-se uso do *Heptômetro de Quintiliano*. Preparação: isso envolve preparar-se em todos os sentidos da palavra para coletar as informações e provas especificadas. Coleta: você, e se for o caso, seus colegas, se envolvem em investigação, entrevistas ou ambos para obter as informações e provas especificadas. Tal etapa emprega desde métodos de entrevista, até colheita de imagens, uso de obtenção de dados pela internet, dentre outros meios. Colaço: a colaço é a gravação e organização sistemática de informações emergentes e evidências coletadas em ações de investigação e entrevistas. Análise: reflexão, rever o produto detalhado das ações de investigação e entrevistas. Levantamento: aqui a reflexão é levada a outro nível. Você adota uma visão metódica, abrangente do seu esforço de investigação e os resultados disso. Resumir: trata-se de um registro escrito e/ou de um “*briefing*” verbal que explica sucintamente o caso atual, a sua gestão e o progresso até a data final. (TAMBORIM e MARQUES, 2017, p. 52-53)

Com isso, temos a importância desses instrumentos ao longo do processo penal. É por meio deles que a justiça é garantida e efetivada, sob a égide dos Direitos Humanos e do cumprimento do Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário. Desse modo, tendo em vista a legitimidade da investigação defensiva, podendo ser exercida diariamente com base no ordenamento jurídico em vigor, nota-se, outrossim, que é necessária uma regulamentação legal específica para esse instrumento, para endossar o provimento da Ordem dos Advogados do Brasil e aperfeiçoar o instituto efetivador de princípios processuais e garantidor das prerrogativas defensivas.

4.3 DA NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO LEGISLATIVA

Conforme visto, a possibilidade de exercício investigativo foi conferida ao Ministério Público, em 2015, por norma jurisdicional emanada do Supremo Tribunal Federal, bem como conferida a detetives particulares, em 2017, através de norma legal (Lei 13.432/2017) que estipulou autorização para empreender apurações de natureza criminal (BALDAN, 2019). Sendo assim, ainda que não exista uma regulamentação legal específica acerca do protagonismo defensivo investigatório, é legítimo o pleno exercício da investigação defensiva como uma prerrogativa profissional, em razão da natureza de aplicabilidade imediata dos princípios constitucionais acima mencionados, com fulcro no §1º do artigo 5º da Carta Magna.

Levando-se ainda em consideração o fato de que o Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como que o referido documento possui status de norma supralegal no nosso ordenamento, há garantia expressa ao(à) acusado(a) de direito à atividade probatória, com fundamento no art. 8º, itens 1 e 2, o que inclui, diretamente, a investigação defensiva como meio de produzir provas interessantes para a defesa do investigado, merecendo transcrição:

Artigo 8. Garantias judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.
2. 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:
 - a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
 - b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
 - c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
 - d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
 - e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
 - f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
 - g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;
 - h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

Diante do exposto, bem como dos panoramas trazidos nos capítulos anteriores, é possível afirmar de modo seguro que a investigação defensiva representa mais uma ferramenta de garantir a efetivação dos direitos do cidadão. Em que pese o avanço trazido pela publicação do Provimento nº 188/2018 pelo Conselho Federal da OAB, é necessário que seja feita a edição de norma específica sobre o tema, por meio do processo legislativo, para conferir segurança jurídica à sua aplicação prática, que visa conferir ao réu o direito de ser julgado em um processo humanizado e garantista.

Tramita no Congresso Nacional, a duras penas, desde o ano de 2009, o Projeto de Lei do Senado nº 156/2009, que ganhou o número 8.045/2010 na Câmara dos Deputados, de autoria do ex-presidente da República e ex-senador José Sarney. Tal documento apresenta uma proposta de reforma do Código de Processo Penal, oferecendo nova redação para a Lei de 1941. Do projeto, destaca-se o artigo 13, que aborda o tema, ainda que de forma inicial e embrionária, expressando a vontade do legislador:

Art. 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas.

§ 1º As entrevistas realizadas na forma do caput deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento formal das pessoas ouvidas.

§ 2º A vítima não poderá ser interpelada para os fins de investigação defensiva, salvo se houver autorização do juiz das garantias, sempre resguardado o seu consentimento.

§ 3º Na hipótese do § 2º deste artigo, o juiz das garantias poderá, se for o caso, fixar condições para a realização da entrevista.

§ 4º Os pedidos de entrevista deverão ser feitos com descrição e reserva necessárias, em dias úteis e com observância do horário comercial.

§ 5º O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial.

§ 6º As pessoas mencionadas no caput deste artigo responderão civil, criminal e disciplinarmente pelos excessos cometidos.

Tomando tal projeto como referência, cabe aos representantes eleitos do povo em exercício de mandato no Poder Legislativo aprimorar a discussão da matéria com finalidade de positivar definitivamente em nosso ordenamento a legitimidade de realização de diligências investigatórias para instrução de procedimentos administrativos e judiciais, nos termos do Provimento institucional, que também serve como fonte para a lei. A medida administrativa, conforme demonstrado, enumera de modo exemplificativo em seu artigo 3º a produção de provas para emprego em pedido de instauração ou trancamento de inquérito, rejeição ou recebimento de denúncia ou queixa, resposta à acusação, pedido de medidas cautelares, defesa em ação penal pública ou privada, razões de recurso, revisão criminal, habeas corpus, proposta de acordo de colaboração premiada, proposta de acordo de leniência e outras medidas destinadas a assegurar os direitos individuais em procedimentos de natureza criminal.

Para além disso, é importante que a proposta englobe a possibilidade de colheita de depoimentos, inquirição de testemunhas, colheita de dados em instituições públicas e privadas, elaboração de laudos e perícias e outros métodos

investigatórios empregados para uma maior clareza e elucidação dos fatos. Também é imperioso constar na legislação específica a impossibilidade de censura ou restrição de exercício da atividade, assegurando, assim, as prerrogativas inerentes à nobre função. Portanto, o ideal seria, de início, sem prejuízo de novas discussões ou aprofundamento da matéria, reconhecer a atividade e a sua prática por meio de lei federal que estabeleça seus limites legais e seus momentos de aplicação, formulando as hipóteses de diligências e a postura necessária a ser empregada no desenvolvimento das mesmas. Também é importante reiterar a efetivação dos princípios que embasam a atividade, o respeito ao exercício da advocacia e a liberdade de utilização de auxílio de profissionais de diversos ramos, que podem oferecer sua contribuição com conhecimento técnico específico para o aprimoramento da atividade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, é possível afirmar que vigora, no Brasil, um sistema punitivo falho que decorre de um anseio punitivista da sociedade, que “fecha os olhos” para violações de direitos e garantias inerentes ao ser humano. O processo penal é a instrumentalização do direito material, cuja finalidade é regular a persecução penal do Estado para aplicar a norma penal (NUCCI, 2015), portanto se constitui como forte mecanismo de promoção de injustiças quando mal utilizado ou quando há desvirtuamento de sua função. A falta de defesa técnica é uma das principais causas de instruções processuais falhas ou insuficientes, que podem corroborar com uma decisão de mérito que não corresponda à verdade dos fatos ou à melhor elucidação para determinado caso concreto.

Com o reconhecimento da falência do atual Sistema Penitenciário Nacional, com base nos dados apresentados, qualquer erro que resulte em encarceramento em massa e em agravamento das condições carcerárias deve ser evitado, pois, para além do prejuízo inestimável ao indivíduo oriundo do cerceamento de sua liberdade, há ainda o fomento a problemas sociais como a superlotação dos presídios, o vilipêndio a direitos humanos e, principalmente, a inviabilidade de uma ressocialização dos apenados, que sequer cumprirão a sua pena nos ditames legais, uma vez que as cadeias são verdadeiros depósitos humanos. Para corrigir tal cenário, se faz necessário por parte da defesa o constante aprimoramento de suas atribuições, mantendo postura combativa em busca dos direitos de seu(sua) constituinte. A investigação defensiva, nos moldes apresentados, representa ampliação da visão sistemática do direito, uma vez que a ideia de aplicação jurisdicional amarrada às normas postas não inibe a busca pelas garantias da pessoa acusada, por meio da extração dos princípios constitucionais e processuais. Para além de toda a coleção principiológica disposta e analisada, há ainda as fontes do direito estrangeiro, sobretudo o italiano e o americano, nos quais naturalmente se consolidou a prática.

Isto posto, levando-se em consideração que, ao contrário da Administração Pública que possui liberdade para fazer apenas aquilo que está positivado, o(a) advogado(a) ou defensor(a) pode pautar os limites de sua atuação naquilo que a legislação não veda expressamente, ou seja: pode fazer tudo aquilo que não é proibido por lei. Corrobora essa tese o fato de, para além de não ser proibida a

prática da investigação defensiva, haver previsão no Provimento 188/18 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que possui legitimidade para a edição do documento, com base em Lei Federal, conforme justificado.

Cabe ao Poder Legislativo, por meio do Congresso Nacional, a edição de norma específica que regulamente a atividade, que é plenamente legítima e já vem sendo exercida na prática forense, pois, uma vez aprovada e sancionada Lei regulamentadora da matéria, ainda que seja em forma de artigo do novo Código de Processo Penal, caberá aos(às) intérpretes e aplicadores(as) da lei prezar pelo correto julgamento, uma vez que disporão de mais elementos probatórios para a formação de seu convencimento acerca do caso, tendo em mente que a pena privativa de liberdade não pode ser medida segregadora e agravante das mazelas sociais, bem como que o direito penal deve ser a *ultima ratio*. A atuação ideal do Poder Judiciário, portanto, deve ser no sentido de coibir todo tipo de prejuízo ao(à) acusado(a) para além das misérias naturais do processo penal. Há um conjunto de normas e orientações internacionais em pleno vigor que dão embasamento para tal comportamento, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto de San José da Costa Rica, tão invocado no corpo dos Remédios Constitucionais, dos quais destaca-se o Habeas Corpus, utilizado contra cerceamentos de liberdade irregulares e até mesmo para trancamento de inquéritos e ações que não tramitaram regularmente.

Foi disposto ainda que há, na Constituição Federal, artigos que viabilizam o exercício da atividade, tais como o art. 5º, que expressa no *caput* o princípio da igualdade, no inciso LIV o devido processo legal e no inciso LV o contraditório e a ampla defesa. Na Legislação Federal, foi exposto o exemplo do Código de Processo Penal, que determina a correta atuação defensiva e esboça uma investigação na busca de informações para subsidiar ações como queixa crime e notícia crime, bem como no caso de exercer assistência à acusação ministerial. Diante dessa realidade, é notório que o exercício da advocacia pública ou privada configura-se como mecanismo de instrução processual para elucidação dos casos e para observância da correta tramitação processual. Há, ainda, mecanismos que orientam o desenvolvimento eficiente do ofício da defesa, como o Código de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil e o Estatuto da Advocacia, por meio de fomento de práticas profissionais, que visam concretizar a justiça e a paz social.

É imperioso reiterar a necessidade de uma atuação conjunta entre os agentes do processo para que suas garantias sejam efetivadas, possibilitando um processo humanizado, na busca da melhor solução para os casos concretos. Dessa forma, tendo em vista a estabilidade do texto constitucional, o respeito às garantias fundamentais tende a criar um cenário permanente de segurança jurídica, consolidando uma sociedade nos moldes estabelecidos pela nossa Carta Magna: cada vez mais justa, por meio de tratamento digno à pessoa investigada, processada ou condenada; solidária, por meio de políticas públicas que visem corrigir as mazelas causadas pelo mau uso do sistema prisional; e igualitária, visando, principalmente, o respeito aos princípios que permitem a correta atuação profissional, como a paridade de armas. Portanto, a investigação defensiva é o meio para tornar o processo penal mais humanizado e aliviar o Sistema Penitenciário Nacional, uma vez que serão ofertados mais elementos de prova para subsidiar decisões fundamentadas, gerando, paulatinamente, diminuição no grande encarceramento que o Brasil tem vivenciado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALIGHIERI, Dante. **A Divina Comédia**. Tradução: José Pedro Xavier Pinheiro. Ilustrações: Gustavo Doré. Rio de Janeiro : Editora Fase, 1979.

BALDAN, Edson Luís. **Investigação defensiva: o direito de defender-se provando**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 64, v. 15, p. 253-273, janeiro/fevereiro de 2007.

BALDAN, Édson Luís. **Lineamentos da investigação criminal defensiva no Provimento 188/2018 do Conselho federal da OAB**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, n. 322, p. 7-9, setembro de 2009.

BATISTA, Vera Malaguti, 1955 – **Introdução crítica à criminologia brasileira** – Rio de Janeiro :Revan, 2011. 128 p. ; 21 cm

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira ; prefácio de Evaristo de Moraes. – 2. ed. – São Paulo : Edipro, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, volume 1 . 14 ed. ver. atual. e ampl – São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 8045/2010**. Revoga o Decreto-lei nº 3.689, de 1941, Altera os Decretos-lei nº 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as Leis nº 4.898, de 1965, 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010> Acesso em: 01 de março de 2020.

BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Provimento nº 188, de 11 de Dezembro de 2018**. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018?search=188%2F2018&provimentos=True>> Acesso em: 20 de fevereiro de 2020.

BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Resolução nº 02, de 19 de Outubro de 2015**. Aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/visualizador/19/codigo-de-etica-e-disciplina>> Acesso em: 16 de janeiro de 2020.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15 de janeiro de 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ, Presidência da República, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em: 16 de janeiro de 2020.

BRASIL. **Lei nº 2.889, de 1º de Outubro de 1956.** Define e pune o crime de genocídio. Rio de Janeiro, RJ, Presidência da República, 1956. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l2889.htm> Acesso em: 18 de fevereiro de 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.210 de 11 de Julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF, Presidência da República, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm> Acesso em: 20 de fevereiro de 2020.

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, DF, Presidência da República, 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm> Acesso em: 16 de janeiro de 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.503, de 23 de Setembro de 1997.** Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Brasília, DF, Presidência da República, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503.htm> Acesso em: 17 de fevereiro de 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.826, de 22 de Dezembro de 2003.** Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Brasília, DF, Presidência da República, 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.826.htm> Acesso em: 17 de fevereiro de 2020

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, DF, Presidência da República, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm> Acesso em: 18 de fevereiro de 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de Novembro de 2011.** Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, DF, Presidência da República, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm> Acesso em: 16 de janeiro de 2020

BRASIL. **Lei nº 13.432, de 11 de Abril de 2017.** Dispõe sobre o exercício da profissão de detetive particular. Brasília, DF, Presidência da República, 2017.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13432.htm> Acesso em: 01 de março de 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de Dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF, Presidência da República, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm> Acesso em: 01 de março de 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN.** Atualização, junho de 2016. Brasília, 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN.** Atualização, junho de 2019. Brasília, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 593727 MG.** Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Constitucional. Separação dos poderes. Penal e processual penal. Poderes de investigação do Ministério Público. (...) Fixada, em repercussão geral, tese assim sumulada: “O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição”. Maioria. (...) Relator: Ministro Cezar Peluso, 14 de maio de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9336233>> Acesso em: 16 de janeiro de 2020.

BULHÕES, Gabriel. **Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal.** Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, abril de 2018.

CALLARI, Fábio Rocha; CARVALHO, Nathan Castelo Branco de; e LÉPORE, Paulo. **Manual do advogado criminalista: teoria e prática.** - 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Relator apresenta parecer final ao novo Código de Processo Penal.** Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/539527-relator-apresenta-parecer-final-ao-novo-codigo-de-processo-penal/>> Acesso em: 01 de março de 2020.

CARNELUTTI, Francisco. **As Misérias do Processo Penal.** 3. ed. São Paulo: Edijur, 2019.

CASAGRANDE, Cássio Luís; BARREIRA, Jônatas Henriques. **O caso McCulloch v. Maryland e sua utilização na jurisprudência do STF**. Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 56, n. 221, p. 247-270, jan./mar. 2019. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p247> Acesso em: 20 de fevereiro de 2020.

CAVALCANTI, Gênesis Jácome Vieira. **A crise estrutural do capital e o encarceramento em massa: o caso brasileiro**. 2019. 164 p. Dissertação de Mestrado em Direito - Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas do Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes da Universidade Federal da Paraíba com área de Concentração em Políticas Públicas e Direitos Humanos - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2019.

CONSELHO ESTADUAL DE DIREITOS HUMANOS DA PARAÍBA. **Relatório de visita realizada na Penitenciária Modelo Desembargador Flóscolo da Nóbrega - Presídio do Roger**. Governo do Estado da Paraíba, 2016. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pb/sala-de-imprensa/docs/relatorio-roger-04-04-2016-cedhpb.pdf>> Acesso em: 20 de fevereiro de 2020.

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. **Resolução nº 9, de 13 de Novembro de 2009**. Determina ao Departamento Penitenciário Nacional que, na análise dos projetos apresentados pelos Estados para construção de estabelecimentos penais destinados a presos provisórios e em regime fechado, exija a proporção mínima de 5 (cinco) presos por agente penitenciário. Brasília, DF, Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2009. Disponível em: <https://www.normasbrasil.com.br/norma/resolucao-9-2009_111343.html> Acesso em: 16 de janeiro de 2020.

CONSULTOR JURÍDICO. **Defensores públicos não precisam de inscrição na OAB, decide 2ª Turma do STJ**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-01/defensores-publicos-nao-inscritos-oab-decide-stj>> Acesso em: 01 de março de 2020.

DIÁRIO de um detento. Intérprete: Racionais MC's. Compositores: Mano Brown; Josemir Prado. Álbum: Sobrevivendo no Inferno. São Paulo: Cosa nostra, 1997. CD, faixa 7 (7 min).

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramalhe. 42. Ed. Petrópolis, RJ : Vozes, 2014.

G1 – GLOBO.COM. **Déficit no sistema prisional brasileiro cresce apesar de criação de vagas, diz Infopen**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/02/14/defict-no-sistema-prisional-brasileiro-cresce-apesar-de-criacao-de-vagas-diz-infopen.ghtml>>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2020.

G1 – GLOBO.COM. **Direitos Humanos aponta violações no presídio do Roger, na Paraíba**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pb/paraiba/noticia/2016/04/direitos->

humanos-aponta-violacoes-no-presidio-do-roger-na-paraiba.html>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2020.

G1 – GLOBO.COM. **Em 1/3 das prisões, 60% dos sem julgamento esperam mais de 90 dias.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2015/06/60-dos-presos-sem-julgamento-estao-ha-mais-de-90-dias-na-cadeia.html>> Acesso em: 20 de fevereiro de 2020.

G1 – GLOBO.COM. **Por 6 votos a 5, STF muda de posição e decide contra prisão após condenação em 2ª instância.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/ao-vivo/stf-julgamento-prisao-de-condenados-segunda-instancia.ghtml>> Acesso em: 01 de março de 2020.

G1 – GLOBO.COM. **Toffoli adia aplicação do juiz de garantias por 180 dias.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/01/15/toffoli-suspende-aplicacao-do-juiz-de-garantias-por-180-dias.ghtml>>. Acesso em: 01 de março de 2020.

GENOSO. Gianfrancesco. **O STF e a presunção de inocência: princípio em extinção?** 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI280768,91041-O+STF+e+a+presuncao+de+inocencia+principio+em+extinca.>> Acesso em: 01 de março de 2020.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social** - 6. ed. - São Paulo : Atlas, 2008.

GOVERNO DO BRASIL – GOV.BR. **Dados sobre população carcerária do Brasil são atualizados.** Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados>> Acesso em: 22 de fevereiro de 2020.

GOVERNO DO BRASIL – GOV.BR. **Depen atualiza dados sobre a população carcerária do Brasil.** Disponível em: <<https://www.novo.justica.gov.br/news/dependencia-paineis-dinamicos-para-consulta-do-infopen-2019>> Acesso em: 22 de fevereiro de 2020.

GRANT, Carolina. **A manipulação discursiva e a figura do “homem médio” no direito penal.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/carolina_grant_pereira.pdf> Acesso em: 16 de janeiro de 2020.

IV diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil / organizadoras, Gabriella Vieira Oliveira Gonçalves, Lany Cristina Silva Brito, Yasmin von Glehn Santos Filgueira. -- Brasília : Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2015. 138 p. : il. color.

JÚLIO, Naydoo dos Santos. **A investigação criminal pela defesa.** Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação), Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. 60 fl.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

LEITE, Flamarion Tavares. **10 lições sobre Kant**. 9. ed. – Petrópolis, RJ : Vozes, 2015.

Levantamento nacional de informações penitenciárias. atualização junho de 2017 / organização, Marcos Vinícius Moura. – Brasília : Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2019. 87 p. : il. color.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**, volume I. Niterói: Impetus, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal** – 3. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único** – 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. 1.824 p.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal** – 14. ed. - São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. – 15. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MACHADO, Leonardo Marcondes. **Juiz das garantias: a nova gramática da Justiça criminal brasileira**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-21/academia-policia-juiz-garantias-gramatica-justica-criminal>> Acesso em: 17 de fevereiro de 2020.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2010.

MIGALHAS. **STF volta a proibir prisão em 2ª instância; placar foi 6 a 5**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/314723/stf-volta-a-proibir-prisao-em-2-instancia-placar-foi-6-a-5>> Acesso em: 01 de março de 2020.

MINAGÉ, Thiago. **Prisões e medidas cautelares à luz da Constituição**. 3ª ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2016. 272 p

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DA PARAÍBA. MPF/PB: **Conselho de Direitos Humanos constata aumento da superlotação no presídio do Róger**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pb/sala-de-imprensa/noticias-pb/conselho-de-direitos-humanos-constata-aumento-da-superlotacao-no-presidio-do-roger>> Acesso em: 20 de fevereiro de 2020.

MOREIRA, Matheus Carvalho. **A investigação criminal defensiva como pressuposto da paridade de armas na dinâmica do processo justo**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação), Faculdade de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Minas Gerais, 2014. 38 fl.

MOUZALAS, Rinaldo; TERCEIRO NETO, João Otávio; MADRUGA, Eduardo. **Processo civil volume único** – 10. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. 1.520 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direito processual penal**. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2012. – Coleção tratado jurisprudencial e doutrinário : direito processual penal ; v. 1

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. – 3. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 663C (XXIV) do Conselho Econômico e Social – Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, de 31 de Julho de 1957**. Genebra, Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, 1955. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegMinTratRec.html>> Acesso em: 10 de fevereiro de 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. San José, Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 22 de fevereiro de 2020.

PARAÍBA. **Lei nº 5.551, de 14 de janeiro de 1992**. Dispõe sobre a criação do Conselho Estadual de Defesa dos Direitos do Homem e do Cidadão. João Pessoa, PB, Governo do Estado da Paraíba, 1992. Disponível em: <http://sapl.al.pb.leg.br/sapl/sapl_documentos/norma_juridica/5190_texto_integral> Acesso em: 20 de fevereiro de 2020.

PIOVESAN, Flávia. **A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional**. In CLÈVE, Clèmerson Merlin e BARROSO, Luís Roberto. Direito constitucional : teoria geral da constituição / Clèmerson Merlin Clève, Luís Roberto Barroso organizadores. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011 – Coleção doutrinas essenciais ; v. 1

POLTRONIERI, Willion Matheus. **Segurança Pública: dever do Estado, direito e responsabilidade de todos**. Jus Navigandi, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/53353/seguranca-publica-dever-do-estado-direito-e-responsabilidade-de-todos>. Acesso em: 15 de janeiro de 2020.

RIBEIRO, Cláudio Stábile. **Reflexões sobre o novo Código de Ética**. Revista do Advogado, AASP, São Paulo, Ano XXXVI, abr. 2016. Nº 129.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal : teoria crítica**. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016.

ROLLING STONE. **Os 100 maiores discos da música brasileira**. Disponível em: <<https://rollingstone.uol.com.br/galeria/os-100-maiores-discos-da-musica-brasileira/>> Acesso em: 16 de janeiro de 2020.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos** - 4.ed. rev. atual. e ampl. - Florianópolis: Empório do Direito, 2017. 974 p.

SOUZA, Taiguara Libano Soares e. **A Era do Grande Encarceramento: Tortura e Superlotação Prisional no Rio de Janeiro** – Rio de Janeiro PUC, Departamento de Direito, 2015. 1. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito. 2 v. 375 fl; 29,7 cm.

TALON, Evinis. **Paridade de armas?** Disponível em: <<https://evinistalon.com/paridade-de-armas/>> Acesso em: 01 de março de 2020.

TAMBORIM, Anderson Luiz e MARQUES, Carlos Alexandre. **Técnicas de interrogatório: aplicações no contexto policial** – São Paulo/SP – Editora Ixtlan, 2017.

TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

TOSI, Giuseppe. **10 lições sobre Bobbio**. – Petrópolis, RJ : Vozes, 2016.