

REVISTA TEMÁTICA

DEFESA CRIMINAL

*Publicação Comemorativa
dos 70 anos DPRJ*



REALIZAÇÃO



DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

70 ANOS

COCRIM
Coordenação de
Defesa Criminal

COCUSTÓDIA
Coordenação do Núcleo
de Audiência de Custódia

NIDEF
Núcleo de Investigação
Defensiva

CEJUR
Centro de Estudos Jurídicos
Defensivos Práticos

APOIO

Fesudeperj
Fundação de Estudos Jurídicos e Científicos
Públicos do Estado do Rio de Janeiro

REVISTA TEMÁTICA

DEFESA CRIMINAL

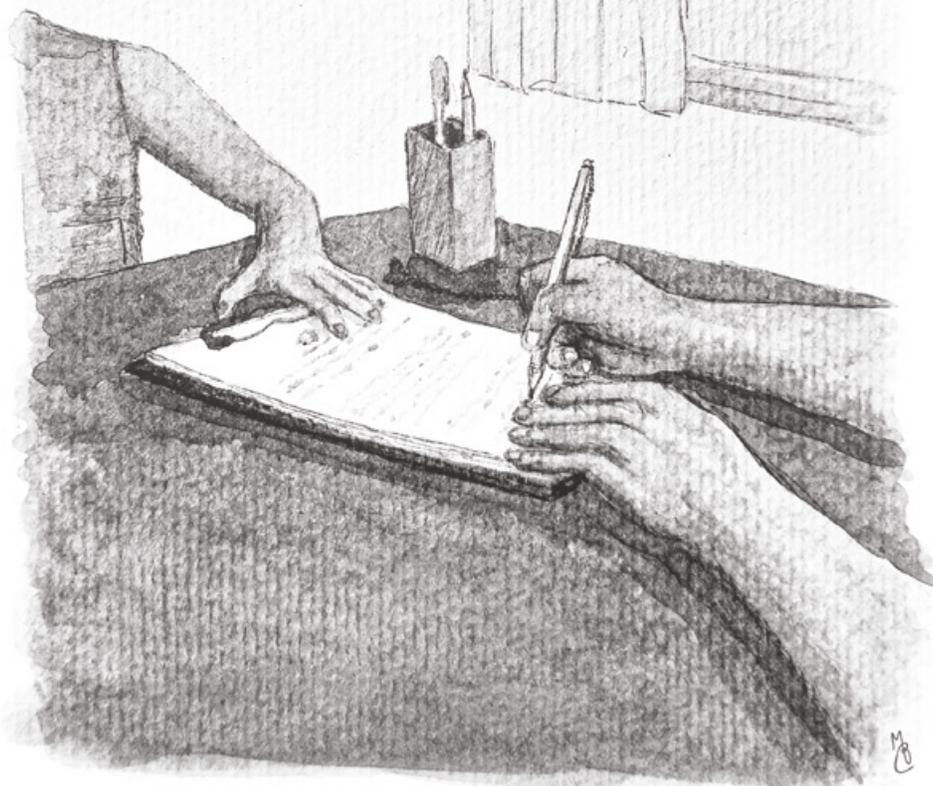
*Publicação Comemorativa
dos 70 anos DPRJ*

Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro - DPGERJ
Rio de Janeiro - 2024

REVISTA TEMÁTICA

DEFESA CRIMINAL

*Publicação Comemorativa
dos 70 anos DPRJ*



REALIZAÇÃO



DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

70 ANOS

COCRIM

Coordenação de
Defesa Criminal

COCUSTÓDIA

Coordenação do Núcleo
de Audiência de Custódia

NIDEF

Núcleo de Investigação
Defensiva

CEJUR
Centro de Estudos Jurídicos
da Defensoria Pública do RJ

APOIO

Fesudeperj
Fundação Estadual de Estudos
e Pesquisas de Defesa do Rio de Janeiro

REALIZAÇÃO



DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

70 ANOS

COCRIM

Coordenação de
Defesa Criminal

COCUSTÓDIA

Coordenação do Núcleo
de Audiência de Custódia

NIDEF

Núcleo de Investigação
Defensiva



APOIO



EDIÇÃO

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

SEDE ADMINISTRATIVA
(21) 2332-6224

AV. MARECHAL CÂMARA, 314 - CEP
20020-080 - CENTRO, RJ

DEFENSORA PÚBLICA GERAL DO ESTADO

Patrícia Cardoso Maciel Tavares

SUBDEFENSOR PÚBLICO GERAL DE GESTÃO

Marcelo Leão Alves

SUBDEFENSORA PÚBLICA GERAL INSTITUCIONAL

Cintia Regina Guedes

CHEFE DE GABINETE

Alessandra Bentes Teixeira Vivas

CORREGEDORA GERAL

Katia Varela Mello

SUBCORREGEDORA GERAL

Simone Maria Soares Mendes

COORDENAÇÃO CEJUR

Diretor Geral do Centro de Estudos Jurídicos – CEJUR

Henrique Guelber de Mendonça

Diretora de Capacitação do CEJUR

Bruna de Oliveira Pizzari

Equipe Técnica

Aline Loureiro de Souza

Antonio Gonçalves

Carolina do Carmo Lima Nunes

Leandra Bernardina da Silva Vieira

Lucas Aparecido Alves Nunes

Luciana Tubino Morand

Michele Cristina Soares Silveira

Nathaly Ribeiro Dvoraninoviev

Raissa de Araújo Teixeira

Roberta Bacha de Almeida

Silas Lima

COORDENADORIA DE DEFESA CRIMINAL – COCRIM

Coordenadora de Defesa Criminal

Lucia Helena Silva Barros de

Oliveira

Subcoordenadora de Defesa Criminal

Isabel de Oliveira Schprejer

Subcoordenador de Defesa Criminal

Denis Andrade Sampaio Junior

COORDENADORIA DO NÚCLEO DE INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA – NIDEF

Coordenador do Núcleo de Investigação Defensiva

Denis Andrade Sampaio Junior

COORDENADORIA DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS DO NÚCLEO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – COCUSTÓDIA

Coordenadora do Núcleo de Audiência de Custódia

Carla Vianna Lima

Subcoordenador do Núcleo de Audiência de Custódia

Daniel Diamantaras de Figueiredo

PROJETO GRÁFICO E DIAGRAMAÇÃO

Rafael Veiga

ILUSTRAÇÃO CAPA

Maria Clara Brant de Oliveira Freire

REVISÃO

Zeze Vargas

© 2024 Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Todos os direitos reservados. Proibida a reprodução total ou parcial desta publicação sem o prévio consentimento, por escrito, da Defensoria Pública.

Catálogo na Publicação (CIP)

Biblioteca Defensor Público Mário José Baqueira Leal

R585 Rio de Janeiro (Estado). Defensoria Pública. Coordenação de Defesa Criminal

Revista temática: defesa criminal [recurso eletrônico]: publicação comemorativa dos 70 anos DPRJ / Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Coordenação de Defesa Criminal, Coordenadoria das Defensorias Públicas do Núcleo de Audiência de Custódia, Núcleo de Investigação Defensiva – Rio de Janeiro: DPRJ. Centro de Estudos Jurídicos, 2024.
PDF (185 p.) : il.

ISBN 978-65-86548-33-4

1. Defesa criminal. 2. Audiência de custódia. 3. Investigação Defensiva. 4. Assistência Judiciária. I. Rio de Janeiro (Estado). Coordenação de Defesa Criminal II. Rio de Janeiro (Estado). Coordenadoria das Defensorias Públicas do Núcleo de Audiência de Custódia. III. Rio de Janeiro (Estado). Núcleo de Investigação Defensiva IV. Título.

CDDir: 341.58



SUMÁRIO

Apresentação

Denis Andrade Sampaio Junior
Isabel de Oliveira Schprejer
Lucia Helena Silva Barros de Oliveira **07**

Standard Probatório da Decisão de Pronúncia: Concretização de Parâmetros Qualitativos de Valoração Racional da Prova

Bruna Dutra **09**

A Importância da Audiência de Custódia para Efetivar o Compromisso do Estado Brasileiro na Prevenção e Combate à Tortura

Carla Vianna Lima
Daniel Diamantaras de Figueiredos **35**

Tortura Não Se Vê Pela TV: A Atuação da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, em Parceria com Organizações da Sociedade Civil e Movimentos Sociais, contra a Virtualização das Audiências de Custódia

Caroline Tassara **58**

O Olhar da Defensoria sobre Aspectos Jurídicos-Sociais na Aplicação da Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Denis Sampaio
Isabel Schprejer
Lúcia Helena Oliveira **76**



A Assistência Jurídica da Defensoria Pública em Favor das Vítimas: Da Fase Inquisitorial até a Constituição do Título Executivo Penal

Diogo Esteves

Franklyn Roger Alves Silva **104**

Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro: Paradigma de Acesso à Justiça e seu Modelo de Atuação Na Área Criminal

José Danilo Tavares Lobato

127

Sistema de Justiça Criminal e Grupos em Situação de Vulnerabilidade: Estândaes de Defesa Criminal do Caso Norín Catrimán vs. Chile

Marcia Mesquita Barros

Renata Tavares da Costa **146**

Audiências de Custódia Todos os Dias, em Todos os Casos: Condição para Garantia dos Direitos da Pessoa Presa

Mariana Castro de Matos

168



APRESENTAÇÃO

Há 70 anos, a “nossa” Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro foi criada como instituição oficial. Muito se trabalhou desde então para que se consolidasse uma defesa efetiva para as pessoas juridicamente necessitadas.

Pensando no relevante histórico da instituição, apresentamos breves linhas sobre vários temas que envolvem a defesa criminal, com escopo, sobretudo, de homenagear e contribuir para um necessário e refletido debate quanto à preservação de princípios constitucionais, o que configura um dos objetivos de todas as Defensorias Públicas.

Nesse ensejo, o presente trabalho conta com a colaboração dos Defensores Públicos Diogo Esteves e Franklyn Roger Alves Silva, com o artigo “Assistência Jurídica da Defensoria Pública em Favor das Vítimas: Da Fase Inquisitorial até a Constituição do Título Executivo Penal”. Trata-se de um convite à reflexão sobre a atuação da Defensoria Pública, no âmbito do processo penal, não só quanto àquelas pessoas que são investigadas ou processadas, mas também quanto às vítimas.

Sobre o modelo de atuação criminal, destacamos as linhas lançadas pelo Defensor Público José Danilo Tavares Lobato, com o título “Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro: Paradigma de Acesso à Justiça e seu Modelo de Atuação Na Área Criminal”.

O presente trabalho conta, ainda, com a participação do Defensor Público Denis Sampaio e das Defensoras Públicas Isabel Schprejer e Lúcia Helena Oliveira, que analisam a incidência da Súmula 70 do TJRJ, sob o título “O Olhar da Defensoria sobre Aspectos Jurídicos-Sociais na Aplicação da Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro”. Trata-se de uma avaliação sobre a aplicação do mencionado enunciado em sentenças condenatórias, não somente sob o aspecto penal, mas também quanto aos vieses racial e tecnológico.

Merece destaque, ademais, a avaliação sobre a imprescindibilidade do julgamento imparcial, tema trabalhado pelas Defensoras Públicas Marcia Mesquita Barros e Renata Tavares da Costa no artigo “Sistema de Justiça Criminal e Grupos em Situação de Vulnerabilidade: Estândares de Defesa Criminal do Caso Norín Catrimán vs. Chile”.

Não poderia deixar de ser mostrado, também, nosso olhar no tocante a crimes da competência do Tribunal do Júri, onde temos



importante e exitosa atuação. Nesse sentido, a Defensora Pública Bruna Dutra lança criteriosas observações no artigo “Standard Probatório da Decisão de Pronúncia: Concretização de Parâmetros Qualitativos de Valoração Racional da Prova”.

Contamos, também, com alguns artigos envolvendo o atuar da Defensoria Pública no âmbito das audiências de custódia. Nesse ponto, registra-se que a instituição vem atuando nas audiências de custódia desde sua implementação no estado do Rio de Janeiro, através da Resolução TJ/OE/RJ n. 29/2015. Em assim sendo, pudemos contar com a participação da Defensora Pública Carla Vianna Lima e do Defensor Público Daniel Diamantaras de Figueiredo no artigo “A Importância da Audiência de Custódia para Efetivar o Compromisso do Estado Brasileiro na Prevenção e Combate à Tortura”.

Ainda sobre as audiências de custódia, a Defensora Pública Mariana Castro de Matos pôde apresentar suas relevantes impressões no artigo “Audiências de Custódia Todos os Dias, em Todos os Casos: Condição para Garantia dos Direitos da Pessoa Presa”.

Por fim, a Defensora Pública Caroline Tassara lançou luzes sobre o tema das audiências de custódia envolvendo a importância do instituto no que diz respeito à identificação de atos de tortura e maus tratos, em artigo com o título “Tortura Não Se Vê Pela TV: A Atuação da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, em Parceria com Organizações da Sociedade Civil e Movimentos Sociais, contra a Virtualização das Audiências de Custódia”.

Um agradecimento especial ao Centro de Estudos Jurídicos, que fomenta o crescimento acadêmico e reflexivo sobre importantes temas para o aprimoramento técnico defensivo. Por isso, seguimos na merecida homenagem à nossa Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e esperamos ter contribuído, através da junção de esforços e conhecimentos, propondo sempre uma reflexão sobre a necessidade da preservação de garantias constitucionais em prol dos mais vulneráveis.

Lucia Helena Silva Barros de Oliveira
Coordenadora da COCRIM

Isabel de Oliveira Schprejer
Subcoordenadora da COCRIM

Denis Andrade Sampaio Junior
Subcoordenador da COCRIM e Coordenador do NIDEF



STANDARD PROBATÓRIO DA DECISÃO DE PRONÚNCIA: CONCRETIZAÇÃO DE PARÂMETROS QUALITATIVOS DE VALORAÇÃO RACIONAL DA PROVA

STANDARD OF PROOF IN INDICTMENT DECISION: IMPLEMENTATION OF QUALITATIVE PARAMETERS FOR THE RATIONAL EVIDENCE EVALUATION

Bruna Dutra¹

Resumo: Este artigo objetiva analisar os *standards* probatórios para a decisão de pronúncia, adotando como vetor axiológico a presunção de inocência. Além disso, busca-se a concretização de parâmetros qualitativos de valoração racional da prova, baseados no contraditório efetivo e na credibilidade e confiabilidade da prova. Com isso, é possível um controle intersubjetivo da decisão de pronúncia, evitando os riscos de condenações injustas pelo Tribunal do Júri.

Palavras-chave: *standard* probatório; valoração racional da prova; pronúncia.

Abstract: This article intends to analyze the standards of proof in indictment decision, adopting the presumption of innocence as an axiological vector. In addition, it seeks the implementation of qualitative parameters for the rational evidence evaluation, based on effective adversarial process and on the credibility and reliability of the evidence. Thus, an intersubjective control of the indictment decision is possible, avoiding the risks of unjust convictions by Jury Court.

Keywords: standard of proof; rational evidence evaluation; indictment decision; effective adversarial process.

¹ Defensora Pública no Estado do Rio de Janeiro.



1. PRONÚNCIA E O SISTEMA DA PERSUASÃO RACIONAL

O procedimento do Tribunal do Júri, constitucionalmente previsto para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, é bifásico, dividindo-se em juízo da acusação e juízo da causa.

Na fase do *judicium accusationis*, vigora o sistema do livre convencimento motivado, porquanto compete ao magistrado, após encerrada a etapa de instrução preliminar, a valoração dos elementos de prova, proferindo, em ato motivado, a decisão de pronúncia, impronúncia, absolvição sumária ou desclassificação.

A pronúncia é uma decisão interlocutória mista não terminativa, que encerra o juízo da acusação, e, uma vez preclusa, inaugura-se a fase do *judicium causae*, em que ocorrerá o julgamento pelo Tribunal do Júri. De acordo com o art. 413 do CPP, a decisão judicial de pronúncia deve ser fundamentada, indicando a materialidade do fato e a existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

Ocorre que o sistema da persuasão racional, ao privilegiar o convencimento subjetivo do julgador, ainda que limitado pelo dever de motivação, oportuniza um decisionismo judicial, notadamente diante da ausência de critérios racionais de valoração da prova e de um modelo de constatação probatório que assegure o controle intersubjetivo na justificação da decisão. Em uma análise crítica do sistema do livre convencimento, Denis Sampaio arremata:

Torna-se, portanto, necessário o avanço baseado em um método racional de valoração da prova, com critérios específicos sobre o grau necessário para a identificação da culpa do acusado, com a formação de *standard* probatório específico para esse fim, bem como uma fundamentação estruturada, na qual a justificação da decisão penal esteja consubstanciada nos instrumentos epistêmicos destinados à sua formação (Sampaio, 2022, p. 323).

A atividade valorativa dos elementos probatórios, limitada pelas regras de exclusão das provas ilícitas e ilegítimas, deve se sujeitar a critérios objetivos de racionalidade, considerados os aportes da epistemologia. Por sua vez, o grau de corroboração probatória da hipótese acusatória, exigido para a tomada



de decisão, dependerá do *standard* probatório adotado, o que é fruto de uma escolha política sobre a distribuição dos riscos de erro no processo penal. Somente com a adoção de critérios concretos de suficiência probatória, comprometidos com uma teoria racionalista da prova, a presunção constitucional de inocência e o contraditório substancial, é possível atender ao dever de *accountability* na justificação da decisão judicial, tornando-a intersubjetivamente controlável.

2. STANDARD PROBATÓRIO DA PRONÚNCIA

Os *standards* probatórios, terminologia oriunda do *common law*, são modelos de constatação, em que se elege o grau de corroboração probatória da hipótese acusatória que será exigido para a tomada de decisão. Janaína Matida e Alexandre da Rosa ilustram os *standards* probatórios a partir da metáfora da altura do sarrafo na competição do salto com vara. Assim, observados os limites predeterminados do jogo (controle de validade da prova), quanto mais alto for posicionado o sarrafo (*standard*) para o saltador (hipótese fática acusatória), maior o grau de dificuldade para superá-lo (Matilda; Rosa, 2020).

A definição do nível de constatação da hipótese acusatória para atender ao *standard* probatório depende de uma escolha política, já que reflete os valores de uma determinada sociedade, notadamente quanto à distribuição dos riscos de erro: absolvição de culpados *versus* condenação de inocentes. No ordenamento jurídico brasileiro, deve-se considerar que a presunção de inocência goza de *status* constitucional (art. 5º, LVII, da CF) e convencional (art. 8.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos c/c art. 5º, § 2º, da CF), sendo este o vetor axiológico para se estabelecer o grau de suficiência probatória exigido no processo penal.

O estado de inocência, como regra de tratamento, impede que o acusado seja tratado como condenado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Como regra de prova, significa que o ônus de provar a hipótese acusatória compete exclusivamente ao órgão acusador, inclusive de afastar as hipóteses alternativas. Por sua vez, a defesa possui o direito (e não



o ônus) à prova, a teor do art. 5º, LV, da CF, com a ampla viabilidade de falsificação da premissa fática estabelecida pela acusação. Por fim, a presunção de inocência implica no princípio *in dubio pro reo* como regra de julgamento, de modo que a dúvida, quando não atingido o grau de constatação probatória, deve ser sempre revertida em favor do acusado.

É inegável que o grau de exigência do *standard* probatório varia de acordo com a fase procedimental, seguindo uma tendência ascendente (Ferrer Beltrán, 2021, p. 102). Assim, o modelo de constatação adotado para a decisão de pronúncia não será o mesmo daquele necessário para uma sentença condenatória, nem tampouco deve corresponder ao nível de suficiência exigido para o recebimento de uma denúncia. Contudo, independentemente da fase procedimental e do seu correspondente *standard* probatório, é certo que a dúvida deve ser sempre solucionada em prol do réu, já que o ordenamento jurídico brasileiro está comprometido com o estado de inocência enquanto regra de tratamento, de prova e de julgamento.

Em outras palavras, o que pode variar é o nível de corroboração probatória exigido para uma decisão penal, mas tal não implica na inversão da presunção de inocência, de modo que o adágio *in dubio pro societate*, tão frequentemente invocado nas decisões de pronúncia, não possui respaldo normativo nem tampouco subsiste frente a um controle de constitucionalidade e de convencionalidade. A rigor, a invocação retórica do *in dubio pro societate* traduz um comportamento oportunista, esquivando-se o julgador do dever de *accountability* na justificação da decisão judicial (Rosa, 2021, p. 287).

Assentadas tais premissas, analisaremos, a seguir, os modelos de constatação probatória mais utilizados no sistema do *common law*, com especial enfoque no grau de suporte probatório exigível para a decisão de pronúncia, considerando o vetor axiológico do estado de inocência adotado no ordenamento pátrio.

2.1. Beyond any reasonable doubt (BARD)

O *standard* da prova além de qualquer dúvida razoável (BARD), que tem encontrado ampla guarida no sistema da *civil*



law, é sustentado para a prolação de uma sentença penal condenatória, tendo em vista a exigência de elevadíssima probabilidade para que a hipótese acusatória receba o predicado de “provada”. Saliente-se que o objetivo não é a busca da verdade real, típica do modelo inquisitório, mas sim da verdade processual, já que limitada não apenas epistemologicamente (limitações cognitivas humanas), mas também pelo devido processo legal (regras do jogo).

Apesar das fundadas críticas quanto à indeterminação e uso retórico do “BARD”, que oportuniza o subjetivismo decisório, é certo que a adoção do referido modelo de constatação, com a concretização de critérios objetivos alinhados à concepção falsificacionista da prova, proporciona um controle intersubjetivo de racionalidade da decisão condenatória (Sampaio, 2022, p. 469).

Para a decisão de pronúncia, o art. 413 do CPP exige prova plena quanto à materialidade do fato. No caso dos crimes não transeuntes, que são aqueles que deixam vestígios materiais, a prova da materialidade deve ser feita necessariamente através do exame de corpo de delito, em regra direto, sob pena de nulidade absoluta (arts. 158 e 564, III, *b*, do CPP), observada a preservação da cadeia de custódia da prova. Frise-se que o exame de corpo de delito indireto, que é aquele realizado por perito a partir de evidências indiretas, somente é possível em caráter de exceção, quando desaparecidos os vestígios do crime. Contudo, se a causa do desaparecimento dos vestígios materiais for a ineficiência estatal, deve-se aplicar a teoria da perda de uma chance probatória, não atendendo o exame indireto o grau de suficiência para a prova da materialidade delitiva (Rosa, 2021, p. 429).

A hipótese é de aplicação do regime de prova legal negativa, porquanto o legislador, considerando a qualidade epistêmica do meio de prova, excluiu a possibilidade de comprovação da materialidade do fato por outro meio que não o exame de corpo de delito, que deve ser via de regra direto. Importante não confundir o regime de prova legal negativa com um retorno ao sistema da prova tarifada, pois não se trata de predeterminar o meio de prova necessário para o alcance da “verdade”, mas sim de excluir que uma prova menos qualificada seja considerada suficiente



para atribuir o predicado de “provado” ao enunciado fático acerca da materialidade (Badaró, 2018, p. 69).

Por seu turno, em relação à autoria ou participação delitivas, o art. 413 do CPP refere-se à existência de indícios suficientes, não se adotando o *standard* probatório da certeza além de qualquer dúvida razoável.

2.2. Preponderância de provas incriminatórias

O *standard* da preponderância de prova (*preponderance of evidence*), geralmente adotado no processo civil, exige que a hipótese fática se apresente mais provável que não. Assim, dentre as várias hipóteses possíveis, deve ser escolhida aquela que se apresenta mais provável.

No emblemático julgamento do ARE 1.067.392 / CE, em 26.03.2019, noticiado no Informativo de Jurisprudência nº 935, a 2ª Turma do STF, em acórdão de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, concedeu ordem de *habeas corpus* de ofício para restabelecer decisão de impronúncia proferida pelo juízo do primeiro grau, invocando como *standard* probatório da pronúncia a preponderância de provas incriminatórias e rechaçando o aforismo do *in dubio pro societate*.

Sem dúvidas, para a pronúncia, não se exige uma *certeza além da dúvida razoável*, necessária para a condenação. Contudo, a submissão do acusado a julgamento pelo Tribunal do Júri pressupõe a existência de um lastro probatório consistente no sentido da tese acusatória. Ou seja, requer-se um *standard* probatório um pouco inferior, mas ainda assim dependência de uma preponderância de provas incriminatórias (2ª Turma do STF, ARE 1.067.392 / CE, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 26.03.2019).

O julgado versava sobre hipótese em que foram tomados depoimentos de testemunhas presenciais que afastaram a participação dos acusados, sendo certo que os únicos relatos que os incriminavam seriam de testemunhas de ouvir dizer, algumas delas ouvidas apenas na fase investigativa. Assim, a 2ª Turma do STF entendeu que, diante de um estado de dúvida, em que há uma preponderância de provas no sentido da não participação



dos acusados e alguns elementos incriminatórios de menor força probatória, impõe-se a impronúncia, dando-se primazia à presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF e art. 8º, n. 2, CADH).

Ainda no acórdão de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, destacou-se a necessidade de uma teoria racionalista da prova a partir do direito à prova (art. 5º, LV, da CF) e do dever de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF), com a adoção de *standard* probatório que torne a decisão judicial controlável intersubjetivamente. E, especificamente em relação à decisão de pronúncia, restou consignado que o suposto “princípio *in dubio pro societate*” acarreta o desvirtuamento das premissas racionais de valoração da prova, esvaziando a importante função da pronúncia de filtro processual para evitar condenações injustas pelo Tribunal do Júri.

O entendimento esposado no ARE 1.067.392/CE, notadamente quanto à incompatibilidade do adágio *in dubio pro societate* com a presunção constitucional de inocência, foi corroborado em julgamentos posteriores pela 2ª Turma do STF, conforme se verifica no HC 180.144 / GO, j. 02-09.10.2020, de relatoria do Ministro Celso de Mello, no HC 179201 AGR-SEGUNDO / PI, j. 20.10.2020, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, e no ARE 1304605 ED-AGR / PR, j. 12.05.2021, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski.

Outrossim, o paradigmático julgamento do ARE 1.067.392/CE, ao assentar o *standard* da preponderância de provas incriminatórias para a pronúncia, também teve importantes reflexos na jurisprudência do STJ, conforme se constata no AgRg no AREsp 1473769/SP, julgado pela 5ª Turma do STJ, em 06.08.2019, e em decisões monocráticas, como a exarada pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, no AgRg no AREsp 1473769.

Ocorre que, recentemente, o STJ, por meio de sua 6ª Turma, no julgamento do REsp 2091647/DF, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, em 03.10.2023, deu mais um importante passo na definição de parâmetros de racionalidade no processo decisório do procedimento do Tribunal do Júri, axiologicamente comprometido com a presunção constitucional e convencional de inocência. No referido julgado, reconheceu-se que a decisão de pronúncia, quanto à autoria e à participação, deve exigir um grau de corroboração probatória superior à da mera preponderância



de provas incriminatórias, que é típica da decisão de recebimento da denúncia, de forma a se adotar o *standard* da elevada probabilidade de autoria ou participação, que será abordado a seguir.

2.3. Elevada probabilidade de autoria ou participação

O *standard* probatório do *clear and convincing evidence* vai além da exigência da hipótese mais provável que não, para demandar a elevada probabilidade do enunciado fático, situando-se entre os modelos de constatação da preponderância de prova e da certeza além da dúvida razoável.

Considerando que o nível de suficiência probatória deve seguir uma tendência geral ascendente, de acordo com a fase procedimental, é de rigor que o *standard* probatório da decisão de pronúncia seja mais exigente que o da decisão de recebimento da denúncia. Com efeito, o recebimento da denúncia se satisfaz com a análise dos elementos informativos do inquérito policial, que indiquem que a hipótese acusatória é mais provável que não. Por sua vez, a decisão de pronúncia é proferida após concluída a instrução preliminar do *iudicium accusationis*, em que há ampla produção probatória sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, observado o devido processo legal, inclusive com a garantia de falseabilidade da hipótese acusatória.

A epistemologia garantista de Ferrajoli, que é um modelo-limite (deôntico) que pode ser concretizado em maior ou menor grau por cada ordenamento jurídico, tem como um dos seus pilares o cognitivismo processual, corporificado na estrita jurisdicionalidade. O princípio da jurisdicionalidade em sentido estrito abrange três axiomas garantistas, a saber: *nullum iudicium sine accusatione*, *nullum iudicium sine sine probatione* e *nullum iudicium sine sine defensione* (Ferrajoli, 2010, p. 495). Assim, o modelo cognitivo de processo penal pressupõe, primeiramente, um princípio acusatório, com a separação funcional entre juiz e acusação, assegurando-se a imparcialidade do julgador, e a garantia de contestação da acusação. Quanto aos dois últimos axiomas mencionados, atribui-se o ônus da prova integralmente à acusação, bem



como se assegura o direito de defesa, com a verificabilidade e a refutabilidade da hipótese acusatória mediante o contraditório.

De fato, o contraditório, que possui *status* de garantia fundamental no nosso ordenamento jurídico em conjunto com a ampla defesa (art. 5º, LV, da CF), é o alicerce do método falsificacionista, e dele decorre o direito da defesa à prova, o que não se confunde com mero ônus ou interesse. Para além de uma acepção puramente formal do contraditório, que se satisfaz com a ciência bilateral dos atos processuais e a oportunidade de manifestação, uma concepção de contraditório substancial, essencial para um sistema acusatório forte, reconhece o protagonismo das partes na formação da prova e a sua efetiva influência na decisão penal (Sampaio, 2022, p. 249-251).

Portanto, considerando que a decisão de pronúncia tem lugar após a instrução preliminar do *iudicium accusationis* no procedimento bifásico do tribunal do júri, é certo que o seu modelo de constatação deve se pautar nos elementos de prova produzidos sob o crivo do contraditório (art. 155 do CPP), e não em meros elementos informativos do inquérito policial, que deram suporte à decisão de recebimento da denúncia. A decisão de pronúncia, que encerra o juízo da acusação e inaugura o juízo da causa, definitivamente, não pode se satisfazer com o mesmo grau de suficiência probatória da decisão de recebimento da denúncia, fazendo-se necessário, em alusão à metáfora do salto com vara, o aumento do sarrafo a ser atingido pela hipótese acusatória.

Obviamente que não se pretende a exigência de um nível de corroboração para além da dúvida razoável, equivalente ao da sentença penal condenatória. Todavia, a pronúncia tampouco pode se contentar com a simples preponderância de provas incriminatórias, típica da decisão de recebimento da denúncia. Desta feita, há que se reconhecer a importância da decisão da 6ª Turma do STJ, no paradigmático julgamento do REsp 2091647/DF, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, em 03.10.2023, em que se adotou para a pronúncia o *standard* probatório intermediário da elevada probabilidade de autoria ou participação (*clear and convincing evidence*).

Importante destacar que, em suas razões de decidir, o Superior Tribunal de Justiça também levou em conta um juízo



prognóstico sobre a fase procedimental subsequente à decisão de pronúncia, que é o julgamento em plenário pelo Tribunal do Júri, em que o sistema adotado é o da íntima convicção e o veredicto é imotivado. Se os jurados não possuem o dever de motivação da sua decisão, não se pode admitir que o réu seja levado a julgamento e condenado pelo simples fato de a hipótese acusatória ser mais provável do que a defensiva.

Nesse contexto, a pronúncia desponta como um verdadeiro filtro contra possíveis condenações injustas pelo Tribunal do Júri, assumindo uma função de garantia. Não se trata de usurpação de competência do Tribunal do Júri, mas do efetivo exercício da função jurisdicional atribuída ao magistrado na fase do *iudicium accusationis*, como garantia do estado de inocência, que é o vetor axiológico que deve orientar a escolha dos *standards* probatórios das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, a competência constitucional do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida está consagrada no art. 5º, XXXVIII, *d*, da CF, como uma garantia fundamental do indivíduo, razão pela qual o seu vetor hermenêutico é no sentido da limitação do poder punitivo, não podendo ser invocada a garantia individual para impedir uma decisão de impronúncia ou mesmo de absolvição sumária.

Vale destacar elucidativo trecho do acórdão de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, no REsp 2091647 / DF, sobre o modelo de constatação probatória da pronúncia:

Assim, o *standard* probatório para a decisão de pronúncia, quanto à autoria e à participação, situa-se entre o da simples preponderância de provas incriminatórias sobre as absolutórias (mera probabilidade ou hipótese acusatória mais provável que a defensiva) – típico do recebimento da denúncia – e o da certeza além de qualquer dúvida razoável (BARD ou outro *standard* que se tenha por equivalente) – necessário somente para a condenação. Exige-se para a pronúncia, portanto, elevada probabilidade de que o réu seja autor ou partícipe do delito a ele imputado.

É de conhecimento comum que a decisão de pronúncia não deve incorrer em excesso de linguagem, estando vedado um juízo de certeza acerca da autoria ou participação delitiva. Isso,



contudo, não exime o julgador do seu dever constitucional de motivação (art. 93, IX, da CF) da decisão de pronúncia, notadamente quanto ao grau de suficiência probatório exigido para a submissão do acusado a julgamento pelo tribunal do júri.

Como corolário do reconhecimento de um direito à prova, a acepção substancial do contraditório impõe ao julgador um dever de justificação da decisão penal, que considere não apenas os elementos de prova que dão suporte à hipótese acusatória (viés confirmatório). A rigor, somente restará atendido o dever constitucional de motivação se a decisão judicial traduzir uma valoração racional de cada um dos elementos de prova judicializada, inclusive com o ônus argumentativo quanto às tentativas de falsificação da hipótese acusatória e às hipóteses alternativas trazidas pela defesa, sempre com mira no *standard* da elevada probabilidade de que o réu seja autor ou partícipe do delito a ele imputado, de modo a tornar a decisão intersubjetivamente controlável.

O adágio *in pro societate*, frequentemente invocado como argumento retórico oportunista para justificar as decisões de pronúncia, não subsiste frente a um controle de constitucionalidade e de convencionalidade. O art. 5º, LVII, da CF, e o art. 8.2 da CADH consagram a presunção de inocência, que deve ser observada enquanto regra de tratamento, de prova e de julgamento, e da qual se extrai que a dúvida sempre deve ser revertida em favor do réu (*in dubio pro reo*).

A 6ª Turma do STJ, ainda no referido julgado, distinguiu a dúvida que recai sobre a autoria ou participação delitiva da dúvida quanto à própria satisfação do *standard* probatório da pronúncia. A rigor, a dúvida acerca da presença ou não de indícios suficientes de autoria ou participação, tal qual dispõe o art. 413 do CPP, corresponde a uma metadúvida (dúvida de segundo grau), que sempre deverá ser revertida em favor do réu, tendo em vista o compromisso do ordenamento jurídico pátrio com a proteção do estado de inocência.

Na doutrina, Rafael Nogueira, em sua dissertação de mestrado, defende a adoção do *standard* da prova clara e convincente para a decisão de pronúncia, sustentando que deve haver uma melhora qualitativa considerável nos elementos probatórios produzidos sob o crivo do contraditório da instrução preliminar



(Nogueira, 2012, p. 179). Na mesma esteira, Badaró leciona que o legislador exige para a pronúncia uma probabilidade elevada em relação à autoria, bem como que não haja hipótese alternativa com corroboração suficiente ou elevada (Badaró, 2021, p. 492).

Saliente-se que a definição do *standard* probatório para uma determinada decisão é fruto de uma escolha política, refletindo os valores de uma sociedade na distribuição dos riscos de erro no processo penal. Assim, um Estado de Direito que pretende concretizar o modelo garantista em maior grau deve conferir máxima efetividade ao princípio da presunção de inocência, ao direito à defesa e ao contraditório em sua acepção substancial, de forma a se exigir um considerável grau de corroboração da hipótese acusatória, com elevada probabilidade de autoria ou participação, para a submissão do acusado a julgamento pelo Tribunal do Júri, onde impera o sistema da íntima convicção.

3. PARÂMETROS QUALITATIVOS DE VALORAÇÃO RACIONAL DA PROVA

Para a análise da satisfação ou não do grau de suficiência probatória exigido para a decisão de pronúncia, levando-se em conta a adoção do *standard* da elevada probabilidade de autoria ou participação, é necessário estabelecer parâmetros de valoração racional da prova, que considerem os aportes da epistemologia.

Parte-se da adoção de um raciocínio probabilístico lógico, de tipo baconiano, e não de um critério matemático, para a avaliação do grau de solidez de uma inferência a partir dos elementos de prova produzidos. Para tanto, mais do que uma aferição quantitativa, é necessária uma análise qualitativa da prova e das inferências probatórias, considerada a epistemologia falsificacionista (Sampaio, 2022, p. 448-449).

Os critérios qualitativos de valoração da prova devem ser concretizados através de testes de credibilidade e de confiabilidade e da sujeição ao contraditório efetivo, de modo a se avaliar o nível de força justificadora que cada meio probatório possui para a verificação ou refutação da hipótese acusatória, tendo em mira o *standard* probatório exigido para a tomada de decisão (Fernandes, 2023, p. 52-53). A qualidade da prova produzida no



caso concreto é fundamental para a análise da satisfação ou não do grau de suficiência probatória exigido.

A primeira etapa da valoração racional da prova se refere a uma avaliação individual de cada elemento de prova, a fim de aferir a sua qualidade epistêmica. A segunda etapa, por seu turno, é atinente à valoração em conjunto, ocasião em que se avalia o grau de corroboração da hipótese acusatória, o que deve abranger inclusive a valoração das provas que se prestam à sua falsificação. O dever de justificação das decisões judiciais não é compatível com a omissão ou seletividade probatória.

Saliente-se, contudo, que a valoração global das provas somente pode ocorrer após a análise da qualidade epistêmica individual de cada elemento de prova, o que deve ser concretizado através de parâmetros, como o contraditório efetivo, o direito ao confronto, a credibilidade e a confiabilidade da prova.

3.1. Contraditório efetivo e direito ao confronto

Considerando que o contraditório efetivo é o alicerce do método epistemológico falsificacionista, adotado pelo cognitivismo processual do modelo garantista, é possível extrair uma primeira premissa: os elementos informativos do procedimento investigativo são insuficientes para atender ao grau de corroboração da decisão de pronúncia.

A jurisprudência dos tribunais superiores tem admitido, em alguma medida, a valoração dos elementos informativos do inquérito, desde que em corroboração a outros elementos de prova produzidos sob o crivo do contraditório. Contudo, já está pacificado que a pronúncia não pode se fundamentar exclusivamente em elementos colhidos durante o inquérito policial, exigindo lastro probatório judicializado, a teor do art. 155 do CPP (e. g.: 5ª Turma do STJ, EDcl no AgRg no AREsp 2376855/AL, DJe 08/02/2024; 6ª Turma do STJ, AgRg no HC 755699/RS, DJe 17/10/2023; 2ª Turma do STF, HC 180.144/GO, j. 02-09/10/2020).

Ocorre que, a partir de uma epistemologia falsificacionista para a melhor qualidade da prova, entende-se que, a rigor, não deve ser reconhecido nenhum valor probatório aos testemunhos



colhidos na fase investigativa, já que não produzidos em contraditório e não observado o direito ao confronto.

Com efeito, o direito ao confronto, de titularidade exclusiva do acusado e com aplicabilidade específica à produção da prova oral, preceitua a presença das testemunhas em audiência judicial para que possam ser democraticamente confrontadas pela defesa. Ele possui assento constitucional (art. 5º, LV, da CF – ampla defesa) e convencional (art. 8º, n. 2, *f*, da CADH, e art. 14, n. 3, *e*, do PIDCP) no ordenamento jurídico.

Alexandre da Rosa e Daniel Figueiredo, em recente artigo doutrinário sobre o tema, enunciam os direitos diretamente decorrentes do Paradigma do Direito ao Confronto na produção da prova oral:

- (i) produção da prova testemunha em audiência pública;
- (ii) presenciar a produção da prova testemunhal (“right to be present”);
- (iii) produção da prova testemunhal na presença do julgador do mérito da causa;
- (iv) determinação às testemunhas do compromisso de dizer a verdade, salvo informantes;
- (v) informação completa e verdadeira sobre a identidade das testemunhas;
- (vi) inquirição das fontes de prova testemunhal desfavoráveis, no momento de sua produção;
- (vii) comunicação, reservada, direta, livre e ininterruptamente, com seu defensor durante a produção da prova oral; e,
- (viii) direito de influir na produção da prova e na decisão final (Rosa; Figueiredo, 2024).

A doutrina mais comprometida com um modelo processual cognitivista tem reconhecido o direito ao confronto não como um critério de valoração probatória (plano da eficácia), mas como um requisito para a própria validade da prova oral (Rosa; Figueiredo, 2024). Por isso, os depoimentos colhidos na fase investigativa não podem ser objeto da atividade valorativa, nem mesmo em corroboração a elementos de prova produzidos sob o crivo do contraditório e do direito ao confronto.

Por outro giro, os testemunhos indiretos, também denominados “de ouvir dizer” (*hearsay testimony*), são aqueles prestados por pessoas que não presenciaram os fatos, relatando apenas



aquilo de que tomaram conhecimento a partir de terceiros, frequentemente sem que sequer haja indicação da fonte primária. Do mesmo modo que os elementos informativos do inquérito, também está pacificado na jurisprudência dos tribunais superiores que os testemunhos indiretos são insuficientes, por si sós, para satisfazer o *standard* probatório da decisão de pronúncia, dada a fragilidade probatória (e. g.: 6ª Turma do STJ, AgRg no AREsp 2428788/PR, DJe 15/12/2023; 2ª Turma do STF, ARE 1067392/CE, j. 26.03.19). “Sua utilidade, portanto, deve se restringir a indicar ao juízo testemunhas referidas para posterior ouvida na instrução processual, na forma do art. 209, § 1º, do CPP” (5ª Turma do STJ, AREsp n. 1940381/AL, DJe 16/12/2021).

De fato, sob um prisma qualitativo da prova, os depoimentos indiretos são dotados de fragilidade epistêmica, possuindo uma reduzidíssima força justificadora, que, isoladamente, não permite superar o *standard* da elevada probabilidade de autoria ou participação no delito imputado.

Conforme profundamente trabalhado por Lara Teles Fernandes em sua dissertação de mestrado, a prova testemunhal não possui uma força probante apriorística, dada a falibilidade da memória humana e suas limitações cognitivas. Além disso, a autora salienta que, por ocasião da valoração da prova testemunhal, também devem ser consideradas as limitações cognoscitivas do próprio julgador, que, na qualidade de ser humano, está suscetível a heurísticas de pensamento e vieses cognitivos. Assim, o valor probatório da prova testemunhal deve ser construído no caso concreto, a partir de parâmetros de valoração que considerem os aportes de outros campos do conhecimento, em especial a epistemologia jurídica, a psicologia do testemunho e a *neurolaw* (Fernandes, 2023, p. 143-148 e 165-192).

Tais parâmetros consistem na: 1) a credibilidade do depoente, 2) a confiabilidade da versão, 3) o filtro de falsas memórias, 4) o modo de coleta dos depoimentos, 5) o modo de realização do reconhecimento de pessoas e a (in)existência dos fatores que minimizam sua precisão, 6) a ineficácia da repetição do reconhecimento de pessoas, 7) a excepcionalidade do *hearsay statement*, 8) a existência de um contraditório efetivo na produção da prova (Fernandes, 2023, p. 148).



Especificamente sobre o *hearsay statement*, além das limitações epistêmicas inerentes à prova testemunhal em razão da maleabilidade da memória humana, o acesso ao relato sobre o fato não se baseia em uma percepção própria da testemunha, mas é também intermediado pelas limitações cognitivas daquele que “ouviu dizer”. O depoimento indireto é, portanto, uma prova altamente sugestionável e indutiva.

Outrossim, o testemunho de ouvir dizer não permite que a testemunha-fonte seja contraditada pelas partes acerca do relato sobre os fatos, não atendendo aos parâmetros de oralidade e imediatividade do direito ao confronto (Sampaio, 2022, p. 270-271). Portanto, devido à baixíssima qualidade da prova, não deve ser conferido valor probatório ao testemunho indireto em si, estando sua utilidade reduzida à indicação da testemunha-fonte, cujo depoimento deverá ser colhido em contraditório e com a observância do direito ao confronto.

Por fim, é importante ter cautela com a valoração da prova que tenha apenas aparência de judicializada, mas que, na verdade, retrata uma tentativa de transmutar a natureza de meros elementos informativos do inquérito em atos de prova, sem a observância do contraditório efetivo e do direito ao confronto.

No procedimento do tribunal do júri, por exemplo, é bastante recorrente que a autoridade policial que presidiu o inquérito seja arrolada como testemunha de acusação, com o objetivo de retratar depoimentos colhidos de testemunhas ou vítimas em sede policial, ou até mesmo uma confissão extrajudicial. Nesses casos, a força probante do depoimento da autoridade policial é reduzida, já que, a rigor, estamos diante de um testemunho de ouvir dizer, que tem como finalidade dar aparência de prova judicializada a meros elementos informativos colhidos no inquérito.

Para que a prova oral tenha uma qualidade epistêmica considerável, é imprescindível a sua produção em contraditório participativo, com a tomada do depoimento da testemunha-fonte e/ ou da vítima, em audiência pública e presencial presidida pelo juiz, assegurando-se o direito defensivo de confrontá-las democraticamente, com influência efetiva na decisão judicial (Rosa; Figueiredo, 2024).



3.2. Testes de credibilidade e de confiabilidade

Além da observância do contraditório em sua acepção substancial, a valoração racional da prova depende de testes de credibilidade e de confiabilidade, que permitirão avaliar a qualidade de cada elemento de prova produzido e, em seguida, a satisfação ou não do *standard* probatório exigido para a decisão judicial.

Especificamente no caso da prova oral, a credibilidade é um parâmetro subjetivo, que se refere à pessoa que presta depoimento, de forma a considerar seu nível de interesse no processo, grau de sugestionabilidade por fatores externos, elementos de intimidação, laços de amizade ou inimizade, possibilidade de enviesamento cognitivo, dentre outros fatores. Por sua vez, a confiabilidade é um parâmetro objetivo, que envolve a análise da consistência, plausibilidade e completude do depoimento, bem como sua compatibilidade com as demais provas dos autos (Fernandes, 2023, p. 194–213). Assim, a qualidade da prova está estritamente vinculada à sua credibilidade e confiabilidade.

Nesse contexto, ganha relevo o conceito de injustiça testemunhal epistêmica, cunhado pela filósofa Miranda Fricker, que está atrelado ao nível de credibilidade conferido a um testemunho por razões discriminatórias, ainda que não de forma consciente e deliberada (Fricker, 2007).

O conceito foi invocado pioneiramente pelo Superior Tribunal de Justiça, através da 5ª Turma, no AREsp 1.940.381/AL, em acórdão de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, j. 14.12.21, para retratar a injustiça epistêmica cometida contra um jovem pobre, em situação de rua, sem educação formal e que se tornou pai na adolescência, em um processo de apuração de ato infracional análogo ao crime de homicídio tentado. No caso, foi ignorada a sua condição de sujeito epistêmico em razão da completa desconsideração da narrativa de legítima defesa do adolescente, que foi condenado com base em meros testemunhos indiretos e sem que produzidas todas as provas possíveis e essenciais para a elucidação dos fatos, notadamente para afastar a hipótese alternativa àquela formulada pela acusação.



Importante acrescentar ao caso, ainda, uma outra perspectiva de injustiça epistêmica, pelo excesso de credibilidade dado às palavras do policial e do bombeiro. Isso porque, paralelamente à desconsideração da narrativa do adolescente, os testemunhos de ouvir dizer dos agentes públicos foram sobrevalorizados, sem que sequer tenham sido identificadas as fontes primárias dos depoimentos (Matida; Herdy; Narelli, 2022).

Mais recentemente, a 6ª Turma do STJ, no REsp 2037491/SP, de relatoria do Ministro Rogério Schietti, j. 06/06/2023, reconheceu a viabilidade de injustiças epistêmicas de diversos tipos em um caso em que se apurava a prática do crime de tráfico de drogas. Com efeito, por um lado, o STJ identificou o cometimento de injustiça epistêmica agencial contra o réu, porquanto concedida credibilidade à sua suposta confissão informal, retratada pelos policiais, exatamente quando menos teve oportunidade de atuar como sujeito de direitos. Isso em detrimento da ausência de credibilidade à negativa de autoria em sede judicial, quando o acusado se encontrava no exercício de um grau de agência epistêmica maior. Ou seja, enquanto a confissão informal do acusado foi sobrevalorizada, a narrativa dada no momento em que possuía melhores condições de trazer declarações sem injustas pressões externas foi descredibilizada. De outra banda, o STJ também reconheceu a ocorrência de injustiça epistêmica pelo excesso de credibilidade conferido ao testemunho dos policiais, que retrataram a suposta confissão informal no local da abordagem sem registro em áudio e vídeo.

De fato, a frequente retórica argumentativa de que os policiais possuem fé pública para a sobrevalorização apriorística dos seus depoimentos evidencia um tipo de injustiça epistêmica. Não se trata de menosprezar *a priori* a força probante dos testemunhos policiais. A rigor, assim como acontece com a prova testemunhal em geral, os depoimentos policiais devem ser valorados, no caso concreto, conforme critérios de coerência interna, coerência externa e sintonia com as demais provas dos autos, a fim de se avaliar a qualidade epistêmica da prova (5ª Turma do STJ, ARES 1.936.393/RJ, j. 25.10.22).



3.3. Regime de prova legal negativa

Na legislação processual, existem dispositivos que estabelecem, abstratamente, a insuficiência de determinados elementos de prova para a corroboração de um enunciado fático, dada a sua evidente fragilidade epistêmica. Trata-se do regime de prova legal negativa, porquanto o próprio legislador, em consideração à reduzida qualidade da prova, pré-estabeleceu a sua insuficiência para atender ao grau de corroboração exigido para a decisão.

No ordenamento brasileiro, o art. 4º, § 16, da Lei 12.850/13, dispõe que as declarações do colaborador não podem fundamentar, com exclusividade, a sentença condenatória, a decisão de recebimento da denúncia ou queixa-crime, bem como a decretação de medidas cautelares reais ou pessoais. Tendo em vista o grande interesse do delator no desfecho do processo do delatado, já que estão em jogo benefícios premiais que podem culminar até mesmo no perdão judicial, é evidente o reduzidíssimo grau de credibilidade de suas declarações. Atento a isso, o legislador, orientado pelo vetor axiológico da presunção constitucional de inocência, determinou que as declarações do colaborador, isoladamente, não satisfazem sequer o *standard* probatório da decisão de recebimento da denúncia, porquanto não traduzem uma preponderância de provas incriminatórias. Logo, com muito mais razão, definitivamente não atendem ao modelo de constatação exigido para a decisão de pronúncia.

Por seu turno, a confissão, que já foi considerada a “rainha das provas” no sistema inquisitivo, deve ser valorada em confronto com as demais provas dos autos, verificando se entre elas existe compatibilidade ou concordância, nos termos do art. 197 do CPP. Outrossim, dispõe o art. 200 do CPP que a confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto. “A interpretação conjunta dos arts. 197 e 200 do CPP leva à conclusão de que a confissão isolada não é suficiente para a condenação, pois ela sempre deve ser valorada com os demais elementos de prova” (Badaró, 2021, p. 531).

Se a confissão é insuficiente para lastrear, isoladamente, uma condenação, forçoso concluir que tampouco poderá fundamentar, por si só, a decisão de pronúncia. Afinal, considerando



que o julgamento pelo tribunal do júri é regido pelo sistema da íntima convicção e que os veredictos são imotivados, a pronúncia baseada unicamente na confissão implicaria em alto risco de injustiça, já que eventual condenação estaria fatalmente lastreada apenas em um elemento epistemologicamente frágil.

Sob o aspecto subjetivo, falta credibilidade à declaração do imputado que, sem qualquer motivo aparente, decide se autoincriminar, sendo altamente factível a existência de interesses escusos, como a ocultação da identidade do verdadeiro autor do fato, ou até mesmo a ocorrência de intimidação, coação, induzimento ou falsas promessas de vantagens. Por sua vez, sob o aspecto objetivo, é recorrente que a confissão careça de confiabilidade, por lhe faltar consistência, plausibilidade ou mesmo completude. Não é incomum, na praxe forense, que a confissão do imputado seja incompatível com as demais provas dos autos, como nos casos em que a dinâmica delitiva por ele narrada esteja em dissonância com a prova técnica.

A situação se agrava quando estamos diante de uma confissão extrajudicial, não confirmada em sede judicial, por retratar mero elemento informativo do inquérito, que não consubstancia ato de prova e, portanto, deve ser excluída da atividade valorativa. Inclusive, é importante ressaltar que a simples reprodução da confissão extrajudicial em juízo por uma testemunha que “ouviu dizer” evidencia uma tentativa frustrada de conferir aparência de prova judicializada a um elemento informativo, sendo insuficiente para satisfazer o *standard* probatório da pronúncia.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, por meio de sua 5ª Turma, no AgRg no HC 784734 - RS, em acórdão relatado pelo Ministro Ribeiro Dantas, j. 27.06.23, se debruçou sobre um caso em que a confissão extrajudicial de corrêu, retratada em Juízo, havia sido valorada na fundamentação de uma decisão de pronúncia, reconhecendo a ocorrência de injustiça epistêmica agencial. Primeiramente, assentou que a confissão extrajudicial, quando não confirmada em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, deve ser desprezada do ato de valoração da prova, por corresponder a mero elemento informativo do inquérito. Além disso, reconheceu-se que dar credibilidade a uma confissão extrajudicial do investigado, quando tinha sua agência restrita



ou suprimida, em detrimento da retratação ocorrida em Juízo, exatamente quando possuía maior capacidade de tomar decisões livres e informadas, configura injustiça epistêmica agencial (Navarro; Motta, 2023).

Ainda no bojo do referido julgado, o STJ invocou a teoria da perda de uma chance probatória para corroborar a impronúncia do réu. Conforme entendimento sedimentado pela jurisprudência, configura perda da chance probatória, a inviabilizar a pronúncia, a omissão estatal quanto à produção de provas relevantes que poderiam esclarecer a autoria delitiva, principalmente quando a acusação se contenta com testemunhos indiretos e depoimentos colhidos apenas no inquérito (5ª Turma do STJ, AgRg no AREsp 2.097.685/MG, DJe de 22/8/2022). Afinal, decorre do princípio constitucional da presunção de inocência que é ônus da acusação a produção de todas as provas possíveis e essenciais para a elucidação dos fatos, não podendo se contentar, nesse caso, com as provas remanescentes.

4. O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NO CONTROLE DE RACIONALIDADE DA JUSTIFICAÇÃO DA DECISÃO DE PRONÚNCIA

Ante todo o exposto, conclui-se que a definição do *standard* probatório da pronúncia, orientada pelo vetor axiológico do estado de inocência para se exigir uma elevada probabilidade de autoria ou participação, bem como a concretização de parâmetros racionais de valoração da prova, são essenciais para o controle intersubjetivo da justificação da decisão.

Nesse contexto, se extrai a relevância da atuação da Defensoria Pública, no exercício de uma defesa diligente e efetiva em prol das pessoas vulneráveis, para submeter a controle recursal as decisões de pronúncia com vícios estruturais de motivação (*error in procedendo*) ou mesmo eivadas de erro na valoração da qualidade das provas ou na avaliação do grau de corroboração exigido (*error in iudicando*). Trata-se de importante atuação na preservação de direitos e garantias fundamentais, para que a decisão de pronúncia atue verdadeiramente como filtro para



evitar condenações destituídas de elevado suporte probatório pelo Tribunal do Júri, sob a égide da íntima convicção.

A averiguação da racionalidade da justificação da pronúncia é tão cara para a preservação do estado de inocência, que o Superior Tribunal de Justiça tem admitido o controle recursal da decisão mesmo após um veredicto condenatório pelo Tribunal do Júri.

Assim, nos casos em que o acusado é pronunciado e condenado pelo Conselho de Sentença, sem que sequer satisfeito o *standard* probatório da elevada probabilidade de autoria ou participação, a jurisprudência já se consolidou de que não basta a anulação do julgamento com base na manifesta contrariedade à prova dos autos (art. 593, III, *d*, do CPP), pois a consequência seria tão somente a submissão do réu a novo julgamento. A rigor, quando as provas dos autos não evidenciam que não havia suporte probatório para a submissão do réu a julgamento pelo Tribunal do Júri, o processo deve ser anulado desde a decisão de pronúncia, com a consequente impronúncia do acusado. Confira-se, nesse sentido, o acórdão proferido pela 6ª Turma do STJ, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, no AgRg no AREsp 2428788/PR, j. 12.12.23, em que anulado o processo desde a decisão de pronúncia, mesmo já havendo veredicto condenatório pelo Tribunal do Júri, porque a prova dos autos se resumia a depoimentos indiretos e elementos informativos do inquérito.

Por seu turno, em sobrevivendo o trânsito em julgado do veredicto condenatório do Tribunal do Júri, a desconstituição da autoridade da coisa julgada material, com a anulação da condenação, somente seria possível através da revisão criminal, conquanto preenchidos os pressupostos legais. E, nos casos em que não há grau de corroboração sequer para a decisão de pronúncia, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido o cabimento do manejo da ação revisional com fundamento no art. 621, I, do CPP, que trata da hipótese de condenação contrária à evidência dos autos, aplicável inclusive quando se pleiteia a adoção de jurisprudência mais benigna que corresponda a um novo entendimento pacífico e relevante (3ª Seção do STJ, RvCr n. 5.627/DF, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, DJe de 22/10/2021). Nesse sentido, destacamos decisão da 5ª Turma do STJ, no AgRg no HC



830464/AL, j. 30/10/2023, em que se concluiu pela anulação do processo desde a pronúncia, porque amparada em elementos informativos e testemunhos de ouvir dizer, a despeito da existência de condenação transitada em julgado pelo Tribunal do Júri.

Outrossim, recentemente, foi proferida paradigmática decisão pela 6ª Turma do STJ, no REsp 2042215/PE, j. 03/10/2023, com acórdão de relatoria do Ministro Rogério Schietti, em que foi desconstituída a condenação transitada em julgado oriunda do Tribunal do Júri e absolvido o imputado, tendo em vista a falha epistêmica na valoração da prova.

No referido julgado, consignou-se que a valoração individual de cada elemento de prova, destinada a avaliar a sua qualidade epistêmica, deve necessariamente preceder a valoração em conjunto com as demais provas, que objetiva examinar o grau de corroboração probatória de determinada hipótese fática. Por seu turno, a valoração individual e global dos elementos de prova deve, primeiramente, ser considerada para analisar a confirmação da hipótese acusatória, e, somente após, para submetê-la à falsificação, e, depois, à comparação com as hipóteses alternativas da defesa. Assentadas tais premissas, o STJ entendeu que a valoração individual dos testemunhos revelava a sua fragilidade epistêmica, dada a incredibilidade subjetiva pelo fato de serem oriundos de desafetos do condenado. Assim, ausente a mínima confiabilidade epistêmica dos testemunhos que embasaram o veredicto, sem o condão de ultrapassar a dúvida razoável para uma condenação, o tribunal reconheceu a contrariedade à evidência dos autos e absolveu o imputado.

Portanto, a concretização de parâmetros de valoração racional da prova e a definição de um modelo de constatação probatória que confira densidade normativa ao estado de inocência despontam como fundamentais para subsidiar o controle de racionalidade da justificação das decisões de pronúncia, de forma a reduzir os riscos de condenações de inocentes. E cabe à Defensoria Pública, como instituição essencial do sistema de justiça, o protagonismo na defesa diligente e efetiva das pessoas vulneráveis em face do poder punitivo estatal, implementando a função de garantia da pronúncia, mesmo nos casos em que já haja veredicto condenatório do tribunal do júri.



REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 43-80, jan.-abr. 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro; MOTTA, Thiago de Lucena. Injustiça epistêmica agencial no processo penal e o problema das confissões extrajudiciais retratadas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 9, n. 1, p. 129-166, jan./abr. 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i1.791>. Acesso em: 22 mar.2024.

FERNANDES, Lara Teles. **Prova testemunhal no processo penal: uma proposta interdisciplinar de valoração**. 3. ed. Florianópolis: Emais, 2023.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso**. Madrid: Marcial Pons, 2021.

FERRER BELTRÁN, Jordi. Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 149-182, jan.-abr. 2018.

MATIDA, Janaína; HERDY, Rachel; NARDELLI, Marcella Mascarenhas. A injustiça epistêmica está oficialmente em pauta. **Conjur**, São Paulo, 04 mar. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-04/limite-penal-injustica-epistemica-oficialmente-pauta/>. Acesso em: 22 mar. 2024.



MATIDA, Janaína; ROSA, Alexandre Moraes da. Para entender standards probatórios a partir do salto com vara. **Conjur**, São Paulo, 20 mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-20/limite-penal-entender-standards-probatorios-partir-salto-vara/>. Acesso em: 16 mar. 2024.

MENDES, Gilmar. Critérios de valoração racional da prova e *standard* probatório para pronúncia no júri. **Conjur**, São Paulo, 06 abr. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-06/observatorio-constitucional-criterios-valoracao-racional-prova-standard-probatorio/>. Acesso em: 19 mar. 2024.

FRICKER, Miranda. **Epistemic of injustice**: power and the ethics of knowing. New York: Oxford University Press, 2007.

NOGUEIRA, Rafael Fecury. **Pronúncia**: valoração da prova e limites à motivação. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do processo penal estratégico**: de acordo com a teoria dos jogos e MCDA-A. Florianópolis: Emais, 2021.

ROSA, Alexandre Moraes da; FIGUEIREDO, Daniel Diamantaras de. O que significa o paradigma do direito ao confronto no processo penal. **Conjur**, São Paulo, 15 mar. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-mar-15/o-que-significa-o-paradigma-do-direito-ao-confronto-no-processo-penal/>. Acesso em: 20 mar. 2024.

SAMPAIO, Denis. **Valoração da prova penal**: o problema do livre convencimento e a necessidade de fixação do método de constatação probatório como viável controle decisório. Florianópolis: Emais, 2022.



SILVA, Rodrigo Fauz Pereira e; AVELAR, Daniel Ribeiro Surdi de. A decisão de pronúncia como garantia e os elementos colhidos no inquérito policial. **Conjur**, São Paulo, 18 set. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-18/tribunal-juri-decisao-pronuncia-garantia-elementos-colhidos-inquerito-policial/> Acesso em: 20 mar. 2024.

TACHY, Mayara Lima. O Tribunal do Júri e o in dubio pro societate. In: SAMPAIO, Denis (org.). **Manual do Tribunal do Júri**: a reserva democrática da justiça brasileira. Florianópolis: Emais, 2021, p. 217-226.



A IMPORTÂNCIA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA PARA EFETIVAR O COMPROMISSO DO ESTADO BRASILEIRO NA PREVENÇÃO E COMBATE À TORTURA

Carla Vianna Lima¹

Daniel Diamantaras de Figueiredo²

1. INTRODUÇÃO

A Defensoria Pública é uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado, conforme preconiza o art. 134, *caput*, da Constituição da República, sendo instituição constitucionalmente vocacionada para garantir o acesso à justiça. Com efeito, a Defensoria Pública, a par de suas raízes históricas, foi consolidada constitucionalmente a partir da redemocratização da América Latina como um instrumento para assegurar a efetividade do próprio regime democrático e a proteção dos direitos fundamentais³.

O sistema carcerário brasileiro está num estado de constante violação de direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade, as quais enfrentam graves problemas estruturais, a tal ponto que o Supremo Tribunal Federal denominou esse quadro permanente de “estado de coisas inconstitucional” (ADPF 347/DF)⁴.

Antes do ingresso efetivamente nesse sistema violador de direitos, muitas pessoas, no momento da prisão e antes de serem “depositadas” nas masmorras penitenciárias, já começam a ser submetidas a um tratamento degradante e cruel, como se enunciasses um porvir do sistema.

¹ Defensora Pública no Estado do Rio de Janeiro.

² Defensora Pública no Estado do Rio de Janeiro.

³ ALVES, Cleber Francisco; GONZÁLEZ, Pedro. **Defensoria Pública no século XXI: novos horizontes e desafios**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2020, p. 21.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF. Relator: Min. Marco Aurélio, 18 de março de 2020. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 1 jul. 2020.



Esse momento inicial é de suma importância para constatação e averiguação de eventual tortura, a fim de que medidas adequadas sejam tomadas pelos órgãos pertinentes contra os torturadores. Daí a imprescindibilidade da audiência de custódia, em que a Defensoria

Pública atuará em prol desses vulneráveis, verificando, além da necessidade da prisão, a ocorrência de maus-tratos, tratamento cruel e tortura, de forma a realizar um eficiente controle da violência estatal.

Como se sabe, a realização da referida audiência é um imperativo convencional trazido pela Convenção Americana dos Direitos Humanos (art. 7º, n. 5) e Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (art. 9º, n. 3), pela Resolução CNJ 213/2015 e, mais recentemente, pelo art. 287 do Código de Processo Penal (alteração pela Lei 13.964/19), com relação ao cumprimento de mandado de prisão.

O Supremo Tribunal Federal também teve uma participação importante em prol da concretização da audiência de custódia, com a análise da Reclamação Constitucional 29.303, a partir da qual se reconheceu a necessidade da audiência para toda modalidade de prisão temporária, preventiva, flagrante e em decorrência de débito alimentar, prisão decorrente de sentença condenatória, com ou sem trânsito em julgado, além de recapturas e prisões decorrentes de regressão de regime por falta disciplinar.

A proposta desta pesquisa é apresentar esse perfil de atuação da Defensoria Pública, a partir de um caso concreto em que o Núcleo de Audiência de Custódia verificou indícios de tortura, e o necessário diálogo com outros órgãos da instituição, especialmente o Núcleo de Direitos Humanos (NUDEDH), na prevenção e combate a essas práticas reprováveis.

2. O “CASO DA SALA VERMELHA”

Um caso que ganhou notoriedade na época e que passou pelo Núcleo de Audiência de Custódia, desaguando em uma intensa batalha judicial capitaneada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, por meio de alguns de seus órgãos, ficou conhecido como “o caso da sala vermelha”. Tratou-se da prisão em



flagrante de dez homens que, segundo narraram as denúncias⁵, teriam sido surpreendidos em posse de material entorpecente, armas, rádios comunicadores, cadernos com anotações referentes ao movimento do tráfico de drogas e vultosa quantia em espécie, no dia 20 de agosto de 2018, em uma mata na Comunidade da Caixa d'Água no Complexo da Penha, durante operação do Exército Brasileiro no contexto da Intervenção Federal (na segurança pública) do Estado do Rio de Janeiro.

A prisão em flagrante apresentou arbitrariedades, irregularidades e excessos – aptos ao ajustamento da conduta dos algozes, militares do Exército Brasileiro, ao conceito de tortura, uma vez que todos os acusados noticiaram terem sido vítimas de prática de tortura e maus-tratos desde a prisão (20 de agosto de 2018) até o exame pericial realizado (22 de agosto de 2018), em que foram constatadas sérias e múltiplas lesões impostas a esses presos, enquanto estavam sob guarda e responsabilidade dos militares, para realização de interrogatório mediante tortura, em um local que descreveram como uma **“sala vermelha”**. Conforme noticiado no sítio de notícias do Extra⁶:

Notícia 1 – Mais presos denunciam à Justiça tortura na ‘sala vermelha’ de quartel no Rio.

— Eles me colocaram numa cadeira, virado para a parede, e começaram a fazer perguntas. Achavam que, só porque moro lá, sou obrigado a saber de tudo. Como não sabia, me batiam com uma ripa nas costas e na cabeça. Me fizeram comer papel. Perguntaram que gosto tem. Eu disse "nenhum". Depois botaram spray de pimenta no papel e mandavam eu comer. Depois falavam: "Agora tem gosto, né! Responde o que a gente quer" — disse Jefferson, durante a audiência.

⁵ As prisões deram origem a dois processos, por fatos ocorridos na mesma localidade, decorrentes da mesma operação, porém sem o condão de gerar conexão entre os feitos, que tiveram sete réus no processo que recebeu a denominação “sala vermelha”; o outro, com três acusados, era conhecido pelos Defensores que atuaram como “o processo conexo”.

⁶ Disponível em: <https://extra.globo.com/casos-de-policia/mais-presos-denunciam-justica-tortura-na-sala-vermelha-de-quartel-no-rio-23431372.html>. Acesso em: 16 mar. 2024.



Notícia 2 – Mais presos denunciam à Justiça tortura na ‘sala vermelha’ de quartel no Rio

Marcos Vinícius e Ricardo também afirmaram terem sido agredidos com socos e golpes de barras de madeira em interrogatório na sala vermelha. Todos também dizem ter sido atingido por tiros de bala de borracha à queima-roupa ainda na favela. Em fotos feitas na audiência de custódia, é possível ver marcas vermelhas redondas em diversas partes dos corpos dos três réus. As lesões foram atestadas pelos exames de integridade física feitos por uma médica na ocasião. Os três não se conheciam e afirmam terem sido abordados em pontos diferentes da favela no dia da operação. Dois dos réus – Ricardo e Marcos – sequer moram na favela. Ricardo é lutador de MMA, vive em Marechal Hermes e estava no local para ir a um baile funk. Marcos é mototaxista, mora em Duque de Caxias e foi levar um passageiro na Penha no dia da ação.

Fonte: Jornal Extra

Conforme consta noticiado no sítio da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, um dos presos relatou em audiência de custódia, no dia 22 de agosto, que ficou em poder dos agentes por longo tempo e levou uma facada na mão e três tiros de borracha, além de socos no rosto e nas costas. Note-se que, apesar de o juiz constatar as lesões e ferimentos nos custodiados, inclusive atestado em exame de integridade física realizado por médicos da Central de Audiência de Custódia da Capital, foi negado o pedido de relaxamento da prisão⁷.

3. DO CONTEXTO FÁTICO EXISTENTE NO “CASO DA SALA VERMELHA”

Esse caso foi fruto de operação das Forças Armadas, que durou cinco dias, nos complexos da Penha, do Alemão e Maré, na zona norte do Rio. Consta que, desde a segunda-feira, 20, oito pessoas morreram em confronto, sendo três militares e cinco suspeitos, e 86 foram presas, havendo relatos de abusos e

⁷ Disponível em: <https://www.defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/9221-Caso-de-presos-que-denunciaram-tortura-no-Exercito-foi-levado-ao-STF>. Acesso em: 16 mar. 2024.



denúncias de agressões que teriam sido praticadas por militares, além de situações vexatórias, com militares homens revistando mulheres, invasão de residências e vistoria do conteúdo de mensagens privadas de telefones celulares, à revelia das pessoas⁸.

Essa operação ocorreu no âmbito da intervenção federal na segurança pública no Estado do Rio de Janeiro decretada pelo governo federal entre fevereiro e dezembro de 2018. O resultado que se observou da “*medida salvadora*” da intervenção, de acordo com dados disponibilizados pelo Instituto de Segurança Pública (ISP)⁹, foi o aumento do número de homicídios decorrentes de ação policial no Estado, que atingiram o recorde de 1.444 mortes contabilizadas até novembro de 2018, tendo restado, de igual sorte, sem qualquer esclarecimento ou apuração, tais eventos, que determinaram a perda de tantas vidas, consagrando-se a opção pela política de extermínio para a promoção da segurança pública, resguardadas as linhas que distinguem o cidadão de bem dos corpos matáveis.

Isso decorre de uma atitude do Estado que pretere qualquer medida para desencorajar o uso desproporcional da força pelas polícias em seguidos e reiterados episódios trágicos, hoje encenados por diversas manifestações populares, que clamam pelo direito de vida nas comunidades onde incide a seletividade penal, justamente onde se estabeleceram e concentraram essas operações desastradas das forças de segurança federais, durante a intervenção no Rio de Janeiro.

De fato, apenas agravada e notabilizada pela intervenção federal a dinâmica de excessos e abusos dos órgãos de segurança nas favelas e bairros pobres no Rio de Janeiro, pois que não são raros os relatos de agressões, torturas e mesmo homicídios cometidos pelas forças de segurança, sobretudo em operações realizadas em comunidades carentes. Em tais localidades, as operações seguem uma lógica de guerra, sendo todos vistos como

⁸ Disponível em: <https://www.estadao.com.br/brasil/rio-de-janeiro/forcas-armadas-encerram-operacao-na-penha-alemao-e-mare-apos-cinco-dias/>. Acesso em: 16 mar. 2024.

⁹ Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/12/18/politica/1545165331_275511.html. Acesso em: 29 maio 2024.



criminosos – e, portanto, inimigos – em potencial, cujos direitos fundamentais e humanos não precisam, ao ver das forças policiais, ser respeitados, em descompasso com o que leciona a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no sentido de que, ainda que houvesse cenário de guerra declarada, tais condutas não seriam admissíveis.

Observa a Corte:

Entre as vítimas fatais de violência policial, estima-se uma predominância de jovens, negros, pobres e desarmados. Segundo dados oficiais, os homicídios são hoje a principal causa de morte de jovens de 15 a 29 anos no Brasil, e atingem especialmente jovens negros do sexo masculino, moradores das periferias e áreas metropolitanas dos centros urbanos. (...) Na cidade do Rio de Janeiro, aproximadamente 65% das pessoas que morreram em 2015 são negras (negros e mulatos). No Estado do Rio de Janeiro, estudos mostram que a oportunidade de um jovem negro de morrer por ação da polícia é quase 2,5 vezes maior do que a de um jovem branco¹⁰.

4. DA ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA

Dentre os objetivos da Defensoria Pública, esta deve primar pela prevalência dos direitos humanos¹¹, e, como consequência desta finalidade, incumbe-lhe prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados; acompanhar inquérito policial, inclusive recebendo comunicações de prisão em flagrante; e atuar na preservação e reparação dos direitos de vítimas de tortura, consoante previsto no art. 4º, I, III, V, X, XI, XIV, XVII, XVIII da Lei Complementar nº 80/94.

Sobre a temática da tortura de pessoas apresentadas nas audiências de custódia, a instituição atua com seu Núcleo de Audiência de Custódia e o NUDEDH, em conjunto, salientando que, a partir da Deliberação CSDP n. 107/2015 e da Resolução n. 932/2018, foi criado um protocolo de prevenção e combate à tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes que deve ser seguido pelos membros da instituição.

¹⁰ Caso Favela Nova Brasília Vs Brasil, par. 103.

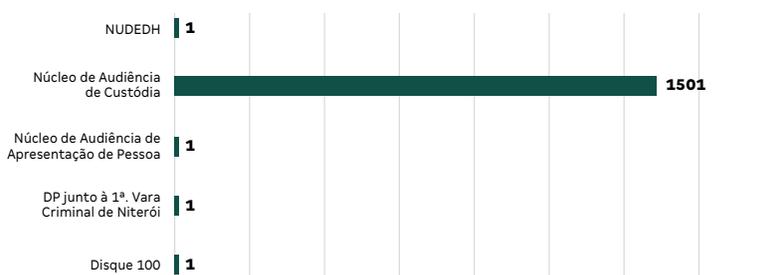
¹¹ Art. 3º-A da Lei Complementar nº 80/94.

Cabe registrar que a Defensoria Pública do Rio de Janeiro atua em média em 85% dos casos apresentados em audiência de custódia, tendo contato com um relevante número de pessoas presas no momento logo após a detenção.

A partir de pesquisas realizadas pela instituição, constata-se que o Núcleo de Audiência de Custódia comunica a quase totalidade de casos de tortura dentro da Defensoria Pública (99,6%)¹².

Figura 1

Qual foi o órgão comunicante da denúncia?



Fonte: Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça da Defensoria Pública do Rio de Janeiro

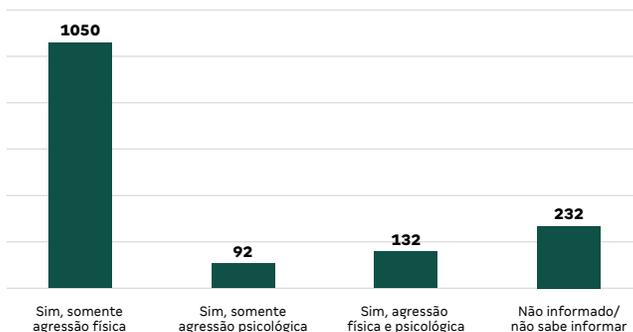
Com essa atuação na grande maioria dos casos, foi possível verificar que o caso trazido como base ao presente estudo não é isolado no tocante a relatos de tratamento degradante ou cruel nas audiências de custódia. Com efeito, nos casos verificados nas audiências de custódia, em 85% há indicação de algum tipo de agressão (1.274 de 1.506), sendo que 82,4% informaram ter sofrido somente agressão física, 7,2% somente agressão psicológica, e em 10,4% dos casos houve vítimas de agressão física e psicológica¹³.

¹² Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/611cef97268b44d1b-b120405eb970199.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2024

¹³ Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/611cef97268b44d1b-b120405eb970199.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2024.

Figura 2

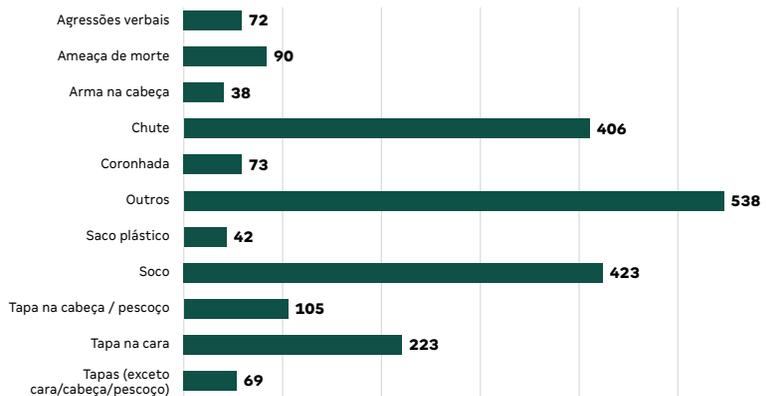
Sofreu agressões físicas e/ou psicológicas?



Fonte: Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça da Defensoria Pública do Rio de Janeiro

Figura 3

Formas de agressão



Fonte: Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça da Defensoria Pública do Rio de Janeiro

Com relação aos custodiados que viraram réus no processo conhecido como “o caso da sala vermelha”, estes foram recebidos na Central de Audiências de Custódia, em Benfica, 04 dias após sua detenção na comunidade da Penha, tendo desde o início recebido



a assistência da Defensoria Pública, que fez o registro fotográfico das lesões e atuou em audiência de custódia para requerer o relaxamento da prisão em virtude da flagrante ilegalidade caracterizada pelas indeléveis marcas de tortura trazidas nos corpos dos conduzidos.

Apesar disso, foi afirmada a legalidade da prisão em flagrante, que foi convertida em preventiva, tendo todos os custodiados sido mantidos cautelarmente privados de liberdade, valendo registrar que a defesa técnica fez chegar ao Supremo Tribunal Federal a impugnação autônoma a tal constrangimento inquestionavelmente ilegal, através de *habeas corpus*, todavia sem jamais ter logrado êxito no reconhecimento, pelas instâncias judiciais, da ilegalidade caracterizada pela tortura para determinar o relaxamento das prisões.

5. DA NECESSIDADE DE IMPLANTAÇÃO DE MECANISMOS EFETIVOS PARA APURAÇÃO DA TORTURA E MAUS-TRATOS

5.1. Da adequação do Estado aos parâmetros internacionais para banir a tortura e os maus-tratos

O conceito mais aceito de tortura é aquele contemplado no Artigo 1º da Convenção contra a Tortura (adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1984):

Para fins da presente Convenção, o termo 'tortura' designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por funcionário público ou por outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.



Dessas normas decorre a responsabilidade do Estado (que se pretende Democrático de Direito) de proteção à vida e à integridade física e psicológica dos indivíduos, assim como o compromisso de não permitir que ocorram torturas em seu território, não só combatendo a prática, mas prevenindo e desestimulando a tortura na conduta de seus agentes que possam ou pretendam estabelecer como padrão de atuação (ou opção política, velada ou declarada) a prática odiosa, ainda que se espere justificá-la em relação de meio e fim a outros objetivos enunciados como de bem comum.

Não se olvide que a tortura configura crime, tipificado na Lei n.9.455/1997. Porém não é apenas do Poder Legislativo tal responsabilidade, mas o dever de respeito e de garantia dos direitos humanos em geral, e o direito de não ser submetido a torturas, em particular, acarreta, para o Estado como um todo e seus agentes, o dever de não violar direitos humanos com seus atos (administrativos, legislativos ou jurisdicionais).

Mais ainda, é necessário que os atos de Poder, em suas manifestações, não deixem qualquer espaço para flexibilizar a garantia, o dever e a responsabilidade do Estado em combater, prevenir, não admitir e desestimular a prática da tortura, reconhecendo-se, com isso, o limite à atuação e ao poder estatal, vez que é notório que o movimento constitucional se fez para a proteção dos indivíduos contra o arbítrio e os excessos na atuação do poder do Estado; da mesma forma, o Estado que se pretende Democrático e de Direito não pode fugir dos parâmetros da legalidade como critério para sua legítima atuação.

O preceito da Convenção Americana de Direitos Humanos é ilustrado pelo julgado da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que afirma que os Estados têm, na forma dos arts. 1º e 2º da referida normativa, o dever de respeito aos direitos e liberdades individuais:

Em relação ao dever de respeito, a Corte afirmou que a primeira obrigação assumida pelos Estados Partes, nos termos do citado artigo, é a de 'respeitar os direitos e liberdades' reconhecidos na Convenção. Assim, na proteção dos direitos



humanos, está necessariamente compreendida a noção da restrição ao exercício do poder estatal¹⁴.

Assim, deve-se perceber que com a ratificação desse compromisso perante a comunidade internacional, e mais, com a internalização da norma como parâmetro e limite de atuação do Estado, por seus agentes, o Estado Brasileiro se obriga a estabelecer normatividade e padrão de atuação que não só combata, mas tenha a possibilidade de prevenir e desestimular a prática da tortura, a fim de implementar a finalidade mor do dever pactuado, que é o da proscrição da tortura como prática dos agentes de poder.

Para a consecução de tal desiderato é necessário que o Estado se estruture e direcione a linha de atuação em políticas públicas, observando a promoção e salvaguarda de garantias ao particular contra violações a direitos humanos em seu território. Isso determina não só a adoção de medidas para prevenir as violações, bem como a imposição de providências para combater eventuais condutas desviantes e restaurar a normatividade a fim de evitar afrontas (ou assentir com as perpetradas), investigar e punir responsáveis por violações, além de ordenar reparações para as vítimas.

Assim é que se destaca a pertinência da manifestação da Corte Interamericana no trecho a seguir reproduzido, em que se percebe a necessidade de expressão de Poder no caso em análise que restabeleça a conformidade da relação do Estado com o compromisso assumido, em evidente mensagem de repúdio à odiosa tortura:

Sobre a obrigação de garantia, a Corte estabeleceu que pode ser cumprida de diferentes maneiras, em função do direito específico que o Estado deva garan – tir e das necessidades de proteção particulares¹⁵. Esta obrigação implica o **dever dos**

¹⁴ Caso González e Outras Vs. México. Exceções Preliminares, Mérito, Reparções e Custas. Sentença de 16 de novembro de 2009, par. 235.

¹⁵ Caso do “Massacre de Mapiripán” Vs. Colômbia. Mérito, Reparções e Custas. Sentença de 15 de setembro de 2005, par. 111 e 113; Caso Perozo Vs. Venezuela. Exceções Preliminares, Mérito, Reparções e Custas. Sentença de 28 de janeiro de 2009, par. 298; e Caso Anzualdo Castro Vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparções e Custas. Sentença de 22 de setembro de 2009, par. 62.



Estados de organizar todo o aparato governamental e, em geral, **todas as estruturas** através das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos¹⁶.

Como parte desta obrigação, o Estado possui o dever jurídico de prevenir, razoavelmente, as violações dos direitos humanos, de **investigar seriamente com os meios a seu alcance as violações que tenham sido cometidas** dentro do âmbito de sua jurisdição a fim de identificar os responsáveis, de impor as sanções pertinentes e de assegurar à vítima uma correta reparação¹⁷⁻¹⁸.

Qualquer pessoa que alegue ter sofrido tortura por agentes estatais e apresente lesões a comprovar a materialidade deve ser tratada como vítima de violação, e deve ter reconhecidos a si os direitos que a Corte Interamericana e os tratados internacionais reconhecem às vítimas – dentre eles, o direito de ter sua denúncia levada a sério, de modo que deverá ocorrer a inversão do ônus da prova, passado ao encargo do Estado demonstrar a lisura da conduta de seus agentes. Não é sobre a vítima, hipossuficiente e evidentemente vulnerável nessa relação de poder, já tendo demonstrado a materialidade, que deve recair o encargo de provar a autoria. E ainda que assim não fosse, a oportunidade é de se compreender que o caso em comento é paradigmático.

Sob a inspiração dos tratados internacionais ratificados pelo Estado Brasileiro que estabelecem compromissos entre as Nações para prevenir e combater a tortura, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República criou, em 2003, o Protocolo Brasileiro de Perícia Forense no Crime de Tortura, para adaptar a realidade brasileira ao padrão internacional para a investigação de relatos de tortura, **trazendo para o cenário nacional as regras e orientações do Protocolo de Istambul**.

¹⁶ Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito. Sentença de 29 de julho de 1988 par. 166; Caso Anzualdo Castro Vs. Peru, par. 62

¹⁷ Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito, par. 174

¹⁸ Caso González e outras Vs. México, par. 236.



5.2. Da necessidade de observar as normas do Protocolo de Istambul e estabelecer medidas contínuas de apuração de torturas na audiência de custódia

A prova pericial, produzida em conformidade com preceitos do Protocolo de Istambul, representou um importante marco, na medida em que se realizou pela primeira vez a diligência na história do país justamente no **“Caso da Sala Vermelha”**, possibilitando uma investigação sobre relatos de tortura nos moldes internacionais consagrados pelas entidades supranacionais de defesa de direitos humanos, preservando a legitimidade do Brasil para o debate no âmbito da proteção e defesa dos direitos individuais fundamentais do cidadão, na medida em que revelou vontade política de dar atuação aos compromissos havidos em defesa da dignidade da pessoa humana, especialmente para o combate e prevenção à tortura.

O Conselho Nacional de Justiça, em sua Recomendação de número 49, expressamente se refere ao Protocolo de Istambul como paradigma a ser observado pelos magistrados como importante ferramenta para elucidação de questões que envolvam crimes de tortura.

O PROTOCOLO DE ISTAMBUL consiste no Manual para a Investigação e Documentação Eficaz da Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, apresentado ao Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos em 1999, estabelecendo diretrizes e normas, com a finalidade de dar subsídios aos peritos para procederem à identificação, caracterização e elucidação de crimes de tortura. Sob a inspiração dos tratados internacionais ratificados pelo Estado Brasileiro que estabelecem compromissos entre as Nações para prevenir e combater a tortura, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República criou em 2003 o Protocolo Brasileiro de Perícia Forense no Crime de Tortura, para adaptar a realidade brasileira ao padrão internacional para a investigação de relatos de tortura, trazendo para o cenário nacional as regras e orientações do Protocolo de Istambul.



Cuida-se de um documento médico de investigação, calcado em método específico, produzido de forma sistemática, submetendo ao crivo clínico a análise das queixas de tortura com a aferição de sua sequência lógica na narração dos fatos, na verossimilhança e eventuais contradições no reporte, para a afirmação da consistência dos relatos.

Para a verificação e constatação médica da incidência da tortura são levadas em consideração não apenas as marcas e lesões perceptíveis no corpo da vítima, mas especialmente as implicações psicológicas registradas em virtude do evento traumático experimentado.

Assim, ainda que a agressão não deixe marcas ou mesmo que as mesmas tenham desaparecido em virtude do decurso do tempo, é possível investigar a consistência do relato de tortura com base nos critérios, normas e diretrizes estabelecidas pelo Protocolo de Istambul, certo que do laudo constam algumas dessas diretrizes para o pronto entendimento do leitor.

Com relação ao *“caso da sala vermelha”*, do comprometido exame das provas produzidas pela defesa então conduzida pela 3ª. DP do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos da Defensoria Pública (NUDEDH), a decisão de mérito resultou na absolvição de todos, em virtude da precariedade da prova acusatória, limitada aos depoimentos dos militares condutores da ocorrência, que foram considerados inidôneos para sustentar a condenação em virtude da demonstração da inflicção da tortura aos conduzidos.

Importante registrar que a prova pericial foi produzida em conformidade com preceitos do Protocolo de Istambul, tendo sido a primeira vez que a diligência foi realizada no país, o que representou um importante marco, possibilitando uma investigação sobre relatos de tortura nos moldes internacionais consagrados pelas entidades supranacionais de defesa de direitos humanos, preservando a legitimidade do Brasil para o debate no âmbito da proteção e defesa dos direitos individuais fundamentais do cidadão, na medida em que revelou vontade política de dar atuação aos compromissos havidos em defesa da dignidade da pessoa humana, especialmente para o combate e a prevenção à tortura.



Nos moldes do que vem ocorrendo nas centrais de audiência de custódia, o custodiado deve ser apresentado ao exame médico para que se possa atestar sua integridade física no momento em que sua preservação passa a ser de responsabilidade do Estado, pela circunstância da privação de liberdade.

Alegada a agressão ou constatada lesão em razão de violência aplicada por agente estatal em virtude da prisão ou durante a detenção, imperiosa a realização do exame de corpo de delito, que não prescinde da atuação de médico com formação especializada para a realização de perícia¹⁹, que tem sido a qualificação dos profissionais designados, considerada a dinâmica do procedimento instaurado naquelas centrais.

A esse respeito e a partir do momento em que surge a denúncia de que agente de segurança do Estado tenha perpetrado agressão contra indivíduo detido sob sua responsabilidade, em virtude e nas circunstâncias de sua prisão ou detenção, passa a existir a necessidade de que tal violência seja investigada, a fim de que se possa constatar que o ato caracteriza prática de tortura que se pretende combater, pois é essencial que se garanta a promoção de uma investigação independente e autônoma²⁰ acerca dos abusos e excessos na atuação dos agentes de segurança pública.

Com esse desiderato, destaca-se a premência de se guiar a investigação e o registro dos atos de tortura conforme a orientação do Protocolo de Istambul, especialmente porque o compromisso do Estado Brasileiro em combater, prevenir, não admitir e desestimular a prática da tortura impõe, para além do ressarcimento do dano provocado à vítima, a necessidade de

¹⁹ Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.
(...)

Art. 158-C. A coleta dos vestígios deverá ser realizada preferencialmente por perito oficial, que dará o encaminhamento necessário para a central de custódia, mesmo quando for necessária a realização de exames complementares. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

²⁰ Sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Favela Nova Brasília (Ponto Resolutivo nº 19), em que se estabelece o dever de o Estado "adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias para permitir às vítimas de delitos ou a seus familiares participar de maneira formal e efetiva da investigação de delitos conduzida pela polícia ou pelo Ministério Público". Disponível em : http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_por.pdf ; bem como no Protocolo de Minnesota e na decisão do Supremo Tribunal Federal na Medida Cautelar na ADPF nº 635.



se aplicar aos agentes envolvidos medidas de responsabilização administrativa e criminal.

Nessa toada, cabe registrar que, para a apresentação do custodiado ao exame médico, é necessário garantir que o exame se realize em condições que imponham observância à dignidade humana do indivíduo a ele submetido, tais quais a intimidade e a privacidade, devendo ser envidados esforços, considerando a peculiar estrutura da Central de Audiência de

Custódia instalada no Complexo de Benfica, em autêntica interseção entre as atribuições da Secretaria de Polícia Civil, da Secretaria de Administração Penitenciária e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, para que o exame seja realizado sem a presença de agentes de segurança que tenham atuado na prisão ou detenção do custodiado apresentado, de modo a serem preservadas tanto a possibilidade de expressão do examinado de investigação, como a independência e autonomia do médico, dessa forma inibindo qualquer possibilidade de imposição de constrangimento, direta ou indiretamente, pelo perpetrador da violência.

Com esse objetivo, além do exame realizado em “um dos postos do Instituto Médico Legal”, destacando-se que existe na Central de Audiência de Custódia apenas uma sala em tudo incipiente para a realização de um exame superficial de constatação da existência de lesões aparentes, é necessário que as instituições compromissadas neste Protocolo, notadamente a Secretaria de Polícia Civil e o Tribunal de Justiça, envidem esforços para que o posto do Instituto Médico Legal na sede do Juízo das Audiências de Custódia esteja equipado com material apropriado e profissionais habilitados para esse tipo de análise.

Ademais, para que se alcance a excelência do parâmetro normativo divisado, vale destacar a necessidade do compromisso do Estado, especificamente investido das atribuições a cargo da Secretaria de Polícia Civil, que em sua estrutura acolhe a categoria dos peritos médicos legistas, na qualificação desses profissionais, sendo imprescindível o investimento na sua capacitação para a realização dos exames tendentes à apuração de denúncias de tortura nos moldes do Manual para a Investigação e Documentação



Eficazes da Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

Outro ponto que merece ser visitado para que se alcance a finalidade almejada para a prevenção e o combate à tortura é a necessidade de reformulação da padronização do documento em que se registra a materialidade do crime de tortura, eis que a resposta da investigação médico-forense respectiva é apresentada através da submissão de um único e singelo quesito, tal como apresentado no formulário padrão do exame de corpo de delito para vítimas de crime de lesão corporal²¹, que em tudo limita e impossibilita as considerações técnicas necessárias para a conclusão demandada, em absoluta inobservância à normativa indicada como padrão para a orientação da investigação do crime de tortura, o Protocolo de Istambul, inclusive expressamente mencionado como referência no Protocolo II da Resolução 213/2015, do Conselho Nacional de Justiça, e na Recomendação 49/2014 do Conselho Nacional de Justiça.

De plano, advirta-se para a dificuldade de que o perito legista possa responder em um único quesito sobre a incidência da tortura, que em todas as definições apresenta conceito complexo (p. ex., a especial qualidade do agente ou o dolo específico da conduta) e, mais ainda, encontra moldura típica na legislação nacional, cujo ajustamento respectivo somente pode ser afirmado por magistrados, o que impossibilita a legítima asserção sobre o fato de interesse médico-legal investigado diretamente subsumido à definição típica do delito.

Por isso se destaca a importância de que, seguindo a Recomendação 49, de 2014, do Conselho Nacional de Justiça, sejam desdobrados os questionamentos para a investigação médico-legal dos casos de tortura para que se ajuste o padrão brasileiro àquele internacionalmente estabelecido pelo festejado Protocolo, o que não prescinde da interação das instituições.

²¹ O referido quesito se limita à indagação sobre se “há ofensa à integridade corporal ou saúde do paciente; Se sim, qual o instrumento ou meio produziu a ofensa”; e se “foi produzida por meio de veneno, fogo, explosivo, asfixia ou tortura, ou por outro meio insidioso e cruel.”



- 1º) há achados médico-legais que caracterizem a prática de tortura física?
- 2º) há indícios clínicos que caracterizem a prática de tortura psíquica?
- 3º) há achados médico-legais que caracterizem a execução sumária?
- 4º) há evidências médico-legais que sejam característicos, indicadores ou sugestivos de ocorrência de tortura contra o(a) examinador(a) que, no entanto, poderiam, excepcionalmente ser produzidos por outra causa? Explicitar a resposta.

Não se esqueça, porém, da necessidade de se ajustar a dinâmica da realização do exame a diretrizes para o melhor registro dos dados e elementos materiais para a apuração de tortura, maus-tratos, tratamento cruel, desumano ou degradante, a fim de dar efetividade ao detalhamento imprescindível à técnica, sendo os seguintes cuidados sugestões para a efetivação da:

- 1) Elaboração de histórico factual, com relato das declarações do pericia do que sejam relevantes para o exame médico (inclusive com descrição do estado de saúde da pessoa e qualquer alegação de maus-tratos);
- 2) Descrição detalhada da sede e das características do ferimento;
- 3) Registro das lesões encontradas em esquemas corporais;
- 4) Registro fotográfico das lesões e alterações existentes;
- 5) Detalhamento das lesões, em tamanho, forma, localização e particularidades.



Destaque-se ainda que para se adequar às normas internacionais de investigação e registro, o exame da pessoa que relata ter sido submetida a tortura deve ser realizado sem pressa, em local iluminado, com paciência, cuidado e cortesia, sem a presença de agentes públicos de segurança, preservada a privacidade do perito e do periciado para viabilizar os relatos e questionamentos, sem que haja para as partes qualquer tipo de temor ou constrangimento.

Respeitadas essas linhas, interessa também considerar que, mesmo com a fragmentação do quesito específico para investigação da tortura e a adoção da dinâmica sugerida para a realização do exame e registro das evidências detectadas, permanece o óbice a que o médico-perito se imiscua na atividade jurisdicional, afirmando a constatação da “tortura” enquanto evento típico, o que não prescinde de avaliação judicial, razão pela que se sugere ainda, nos moldes do Protocolo de Istambul, que a conclusão da perícia se dê com a indicação entre a relação dos relatos das pessoas periciadas e os achados médico-legistas como: inconsistente, consistente, altamente consistente ou diagnosticado.

De se ressaltar, por outro lado, a importância de que o Tribunal de Justiça, a Polícia Civil e demais instituições envolvidas, ainda em atuação interseccional, mantenham serviço social e de psicologia para o atendimento dos custodiados vítimas de tortura, valendo recordar os inúmeros relatos de tortura psicológica, cuja caracterização se verifica incluída no anseio de prevenção do Protocolo II da Resolução 213, de 2015, para que possa ser atestada a consistência do relato respectivo por peritos especializados, de acordo com os padrões de investigação estabelecidos pelo Protocolo de Istambul, uma vez que, evidentemente, tal violência não deixa vestígios, certo ainda que lesões físicas podem produzir sérios danos psicológicos e que métodos de tortura psicológica podem gerar somatizações com efeitos orgânicos concretos.

Por todas as considerações anteriores, alerta-se que, para que possa a Defensoria Pública atuar de forma efetiva no acompanhamento do resultado das investigações dos casos de tortura relatados em Audiência de Custódia, inclusive pretendendo instruir ação de reparação civil para as vítimas de tortura, é necessário que haja compromisso das demais instituições



de colaborar na coleta de informações, esclarecimentos e apresentação de documentos eventualmente solicitados pelos Defensores Públicos que atuarem na representação dos interesses da vítima, respondendo o mais brevemente possível às demandas respectivas, devendo-se reconhecer a legitimidade da instituição para perquirir as diligências necessárias, à luz da teoria dos poderes implícitos, sendo inquestionável a pertinência do tema como missão institucional, à vista de atribuição específica por sua Lei de Regência (art. 4º, XVII e XVIII, da Lei Complementar 80, de 1994).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Defensoria Pública, como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, através de seus núcleos especializados, cumpre um importante papel na constatação e controle de práticas de tortura e maus-tratos contra as pessoas privadas de liberdade, mormente quando da entrada no sistema por meio das audiências de custódia.

Utilizamos como mote na presente pesquisa um caso (conhecido como “sala vermelha”) em que fora constatada a prática de tortura, tratamento cruel e degradante, e que contou com a participação da Defensoria Pública na prestação da assistência jurídica em prol das pessoas custodiadas. Mostrou-se a importância do diálogo interno na instituição, entre os seus membros, bem como com os núcleos especializados, salientando que o núcleo de audiência de custódia atua na quase totalidade dos casos apresentados, logo, tem a possibilidade de constatar diversas situações de tortura e maus-tratos.

No caso acima mencionado, foi realizada a prova pericial em conformidade com os preceitos do Protocolo de Istambul, o que representou um importante marco na história do país. Note-se que o Conselho Nacional de Justiça em sua Recomendação de número 49 expressamente se refere ao Protocolo de Istambul como paradigma a ser observado pelos magistrados como importante ferramenta para elucidação de questões que envolvam crimes de tortura.

É sabido que a República Federativa do Brasil ratificou os principais instrumentos internacionais de direitos humanos que proíbem a tortura, incorporando à estrutura normativa



pátria princípios e orientações para a prevenção e o combate à odiosa prática, além de consagrar em sua vedação como valor absoluto, “seja em tempos de paz, seja durante a guerra, seja sob a alegação de perigo estrutural e iminente para o Estado²²”, até a criminalização da conduta no território nacional a partir de abril de 1997, com a edição de normativa específica, a Lei 9.455²³.

Não obstante, há uma espécie de apatia para a implementação de uma rede eficaz de combate à tortura, cuja incidência, em virtude de excessos e abusos verificados na atuação de agentes de segurança do Estado, tem se identificado em numerosos casos, sem que se perceba em monta proporcional uma reação para coibir a prática, o que tanto pela frequência em que tais casos se repetem, quanto pela ausência de uma reação firme e efetiva das agências do Estado comprometidas com esse controle, vem determinando a naturalização dessa violência, reafirmando a impressão de menos valia da vida humana e flexibilização dos direitos e garantias individuais fundamentais encartados na Constituição de 1988, mesmo aqueles emoldurados como cláusulas pétreas, que se descobrem esvaziadas ante tal inércia.

Por isso se indica a necessidade de se estruturar a atuação interinstitucional dos órgãos envolvidos na apresentação de custodiados nas Centrais de Audiência de Custódia (o Estado do Rio de Janeiro, através das Secretarias Estaduais de Polícia Civil, Polícia Militar, de Administração Penitenciária, Tribunal de Justiça, Ministério Público e Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro), objetivando-se a apuração dos relatos de violência

²² “Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes – Um Manual para a Prevenção”.

²³ A tortura configura prática proscrita no Brasil, em decorrência da máxima deferência à dignidade da pessoa humana, enunciada como fundamento da República (art. 1º, III da CRFB), além de seus objetivos fundamentais, elencados no art. 3º, destacados o de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e da promoção do bem de todos, sem qualquer tipo de preconceito ou discriminação. Especificamente e para não deixar qualquer possibilidade de dúvidas, o art. 5º, III da CRFB expressamente proscreve a prática. Em nível internacional, tendo ratificado a Convenção da ONU contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, assume o Brasil o dever de execrar das práticas de Estado a tortura também perante parceiros internacionais, trazendo para o cenário interno normas de Direito Internacional que enunciam o direito à vida e a garantia do indivíduo de não ser submetido à tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (respectivamente, art. 2º do Decreto n. 40/1991, art. 5º, 2 do Decreto 678/1992 e art. 1º do Decreto 98.386/1989).



praticada por agentes de segurança do Estado contra custodiados apresentados nas Centrais das Audiências de Custódia como um primeiro passo para combater a prática, uma vez que é premente a necessidade de que o Estado se organize e direcione a linha de atuação em políticas públicas, observando a promoção e salvaguarda de garantias ao particular contra violações a direitos humanos em seu território.

Porém, não apenas importa definir o compromisso conceitual de cada instituição, mas efetivamente estabelecer a responsabilidade de cada uma, o âmbito de suas atribuições e competência, uma vez constatada a necessidade de colaboração entre todas, a fim de se combater, no âmago do ente público, a conduta violenta e abusiva de seus agentes, expurgando-se definitivamente a mais mínima possibilidade de se tolerar atos que caracterizem tortura, tratamento cruel desumano ou degradante, identificados durante as audiências de custódia, de modo a se promover a investigação independente e autônoma dos casos relatados.

Ademais disso, importa compreender a temática no cotejo histórico e perceber, na cena atual, a urgência de se promover, da forma mais efetiva possível, a mudança do pensamento da parcela da sociedade que entende justificável a prática, em determinadas situações, a admitir a vulneração do direito absoluto da preservação da vida e da dignidade da pessoa humana (onde se inclui o direito à preservação da integridade física e psíquica) ou, em outros casos, singelamente entendendo a inevitabilidade da violência do Estado empreendida sobre determinados corpos.

Para isso, imprescindível que se adotem providências para combater eventuais condutas desviantes dos agentes de segurança pública, restaurando-se a normatividade com a investigação e punição dos responsáveis pelas violações e violências reclamadas, além de ordenar reparações para as vítimas e, além e antes disso, viabilizar à vítima meios e instrumentos para o manejo de medidas efetivas visando a esses objetivos. Tal desiderato apenas será alcançado com o investimento em ações para a educação em direitos da população, além dos agentes públicos, para que se possa, definitivamente, implementar uma mudança de mentalidade, no caminho para a consagração da proteção integral



dos direitos individuais enunciados na Carta Constitucional, sem o que o projeto democrático para o desenvolvimento do Estado jamais terá solo próprio para ser edificado.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cleber Francisco; GONZÁLEZ, Pedro. **Defensoria Pública no século XXI**: novos horizontes e desafios. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2020.

BETIM, Felipe. Intervenção no Rio se aproxima do fim com recorde de mortes por policiais e mais tiroteios. **El País**, São Paulo, 18 dic. 2018. Brasil. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/12/18/politica/1545165331_275511.html. Acesso em: 29 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF. Relator: Min. Marco Aurélio, 18 de março de 2020. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 01 jul. 2020.

CUNHA, Bruno. Caso de presos que denunciaram tortura no Exército foi levado ao STF. **Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, 15 de julho de 2019, Disponível em: <https://www.defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/9221-Caso-de-presos-que-denunciaram-%20tortura-no-Exercito-foi-levado-ao-STF> . Acesso em: 16 mar. 2024.

RIO DE JANEIRO (Estado). Defensoria Pública. Diretoria de estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça. 4. Relatório sobre registros de casos de tortura e outros tratamentos e penas cruéis, desumanos ou degradantes. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2023. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/611cef97268b44d1bb120405eb970199.pdf> Acesso em: 16 mar. 2024.

SOARES, Rafael. Mais presos denunciam à justiça tortura na “sala vermelha” de quartel no Rio. **Extra**, Rio de Janeiro, 06 fev. 2019. Polícia. Disponível em: <https://extra.globo.com/casos-de-policia/mais-presos-denunciam-justica-tortura-na-sala-vermelha-de-quartel-no-rio-23431372.html>



TORTURA NÃO SE VÊ PELA TV: A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO DE JANEIRO, EM PARCERIA COM ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL E MOVIMENTOS SOCIAIS, CONTRA A VIRTUALIZAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

***TORTURE IS NOT SEEN THROUGH THE TV: THE
ROLE OF THE PUBLIC DEFENDER'S OFFICE OF RIO
DE JANEIRO, IN PARTNERSHIP WITH CIVIL SOCIETY
ORGANIZATIONS AND SOCIAL MOVEMENTS,
AGAINST THE VIRTUALIZATION OF DETENTION
CONTROL HEARINGS***

Caroline Tassara¹

Resumo: Este artigo revisita o tardio processo de implementação das audiências de custódia no Brasil e como a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro construiu sua atuação a partir da compreensão de que se tratava de um momento privilegiado não apenas de disputa da liberdade, mas também estratégico para a ação institucional. Ressalta, ainda, a importância dessas audiências como instrumento de prevenção e combate à tortura, controle da atividade policial e proteção de direitos fundamentais. Durante a pandemia da Covid-19, diante da necessidade de isolamento social, as pressões pela virtualização das audiências de custódia

¹ Mestranda em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Especialista em Política e Sociedade pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2022). Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2005). Foi Defensora Pública do Estado do Rio Grande do Sul (mai-set 2012). É Defensora Pública no Estado do Rio de Janeiro desde 2012, tendo exercido o cargo de coordenação do Núcleo de Audiências de Custódia (NUDAC) entre novembro de 2017 e outubro de 2020. Atualmente integra a assessoria técnica do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça (DMF/CNJ).



tomaram força. O estudo relata como a Defensoria Pública do Rio de Janeiro se posicionou diante desse cenário e se somou a organizações da sociedade civil e movimentos sociais na defesa da presencialidade como essencial para a prevenção e combate à tortura e aos maus-tratos. Ressalta, por fim, que apesar da atuação ter sido exitosa no estado, com o retorno integral das audiências de custódia de forma presencial em agosto de 2020, o mesmo não se observou em outras unidades da federação, em que a virtualização dessa audiência implicou em diversas violações a direitos e no seu próprio esvaziamento. Conclui enfatizando a importância da vigilância contínua para evitar retrocessos e assegurar a efetivação dos direitos humanos, especialmente no contexto das audiências de custódia.

Palavras-chave: Defensoria Pública; audiências de custódia; pandemia; presencialidade; tortura; articulação social.

Abstract: This article revisits the delayed implementation process of detention control hearings in Brazil and how the Public Defender's Office of the State of Rio de Janeiro built its action based on the understanding that it was not only a pivotal moment in the struggle for freedom, but also a strategic one for institutional action. It emphasizes the importance of these hearings on the prevention and combat of torture, police activity control, and fundamental rights protection. During the Covid-19 pandemic, the need for social isolation, the pressures for the virtualization of detention control hearings gained strength. The study reports on how the Public Defender's Office of Rio de Janeiro positioned itself in this scenario and joined civil society organizations and social movements in advocating for in-person hearings as essential for the prevention and combating of torture and abuse. It highlights, finally, that despite the successful performance in the state, with the full return of in-person detention control hearings in August 2020, the same was not observed in other federative units, where the virtualization of these hearings resulted in several rights violations and their own hollowing out. It concludes by emphasizing the importance of continuous vigilance to prevent setbacks and ensure the effectiveness of human rights, especially in the context of detention control hearings.



Keywords: Public Defender`s Office; detention control hearings; pandemic; in-person presence; torture; social coordination.

1. INTRODUÇÃO

Os 70 anos da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DPRJ) são permeados de histórias de luta por afirmação de direitos, defesa dos direitos humanos, resistência a retrocessos e afirmação institucional.

Talvez um dos capítulos mais desafiadores dessa história até hoje tenha sido o período da pandemia da Covid-19, em que a luta pela preservação da vida tomou proporções que antes habitariam apenas as telas dos filmes de ficção.

Neste breve ensaio, quero me ater ao percurso de consolidação das audiências de custódia no estado do Rio de Janeiro, com especial atenção para o período da pandemia, quando a imposição de isolamento social se colocou diante do direito de presença e nos desafiou a todos.

Ressaltarei, ainda, a importância da atuação conjunta e articulada com organizações da sociedade civil e movimentos sociais contra a virtualização das audiências de custódia e os prejuízos dela decorrentes em especial na prevenção e combate à tortura.

2. AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO: PROCESSO DE IMPLEMENTAÇÃO E ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA

As audiências de custódia nada mais são do que a apresentação da pessoa presa perante a autoridade judicial logo após a prisão, a fim de que possa ser avaliada tanto a legalidade da prisão, quanto a necessidade ou não de sua manutenção. Trata-se de momento fundamental no controle da atividade policial, uma vez que eventuais violências, tortura e maus-tratos terão mais chances de ser identificados. Além disso, o contato com a pessoa permite à magistrada ou magistrado conhecer melhor as suas circunstâncias particulares e sopesá-las por ocasião da análise da



necessidade ou não da prisão, bem como na melhor adequação de eventuais medidas cautelares.

Apesar de prevista em Tratados Internacionais de Direitos Humanos promulgados pelo Brasil em 1992², o início da implementação das audiências de custódia no país se deu com mais de vinte anos de atraso, apenas em 2015, a partir de duas decisões do Supremo Tribunal Federal. A primeira na ADI 5240, na qual a Corte reconheceu que o Provimento Conjunto n. 03/2015 do Tribunal de Justiça de São Paulo, que disciplinava localmente as audiências de custódia, não inovava na ordem jurídica, mas apenas refletia garantia já prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos.

A segunda por ocasião do julgamento da medida cautelar na ADPF 347, na qual o STF reconheceu o estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro e afirmou que a audiência de custódia se afigurava como garantia de observância obrigatória prevista nos artigos 9.3 do pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Assim, determinou a juízes e tribunais de todo o país a sua realização, com o comparecimento da pessoa presa perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, a contar da prisão.

Em dezembro do mesmo ano, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução CNJ n. 213/2015, regulamentando como deveriam ser realizadas essas audiências em todo o país. Mesmo antes dessa normativa, em agosto de 2015, a Resolução TJ/OE/RJ n. 29/2015 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) disciplinou as audiências de custódia no estado, com a previsão de instalação de Centrais de Audiências de Custódia (CEACs).

Inicialmente, tais audiências se restringiam às prisões em flagrante ocorridas na cidade do Rio de Janeiro, com a

² Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Artigo 7 [...]

5.Toda pessoa detida ou retida deve ser **conduzida, sem demora, à presença de um juiz** ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. (Grifo nosso)

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos Artigo 9 [...]



apresentação das pessoas presas à CEAC, que então funcionava no Fórum da Capital.

Em julho de 2017, foi editada pelo Órgão Especial do TJRJ a Resolução n. 05/2017, que “em locais do Sistema Carcerário, onde haja ingresso de presos” (RIO DE JANEIRO, 2017). Foram, então, criadas as Centrais de Benfica, anexa à Cadeia Pública José Frederico Marques, porta de ingresso das pessoas presas nas Regiões Metropolitana, Serrana e dos Lagos; Volta Redonda, anexa à Cadeia Pública Franz de Castro Holzwarth, abarcando o sul fluminense; e Campos dos Goytacazes, na Penitenciária Carlos Tinoco da Fonseca, ponto de ingresso do norte e noroeste fluminense.

A partir do final de 2017, todas as pessoas presas em flagrante no estado do Rio de Janeiro passaram a ser apresentadas à autoridade judicial logo após a prisão. Quanto à apresentação nos casos de prisões decorrentes do cumprimento de mandados, passou a ocorrer após o julgamento da Reclamação 29.303 pelo STF.

É certo que a instalação das Centrais em espaços da Administração Penitenciária traz preocupações, uma vez que implica em restrições que não deveriam existir na audiência, em especial no que diz respeito à publicidade do ato e presença de familiares. Além disso, regras de tratamento decorrentes da presunção de inocência como a manutenção de suas roupas e calçados, por exemplo, são quase sempre desconsideradas.

Apesar dessas críticas, às quais nos somamos, esse foi o modelo que viabilizou a realização das audiências de custódia em todo o estado do Rio de Janeiro. Um ponto positivo da adoção do modelo regionalizado é o fato de permitir a integração entre todos os órgãos implicados no complexo fluxo das audiências de custódia, como a perícia pelo Instituto Médico Legal, o atendimento de proteção social por equipe multidisciplinar antes e após a audiência e a identificação biométrica.

Desde o início de sua implementação, a DPRJ tinha clareza de que se tratava de um momento ímpar não apenas para a disputa da liberdade, mas também para a rica coleta de dados, periodicamente publicados pela Diretoria de Pesquisas e Acesso à Justiça, absolutamente estratégicos para o acompanhamento do aprisionamento no estado e incidência de agenda pela Defensoria, com a promoção do debate público.



A título de exemplo, tais levantamentos têm permitido à instituição denunciar, com base em evidências, o racismo estrutural e institucional do sistema de justiça criminal. Na pesquisa publicada em 2020, com base em mais de 23.000 entrevistas realizadas entre setembro de 2017 e setembro de 2019, constatou-se que 8 a cada 10 pessoas presas em flagrante no estado eram negras, a grande maioria pobres e moradoras da periferia (RIO DE JANEIRO, 2020a). O mesmo estudo confirmou que os corpos negros são mais suscetíveis de serem torturados: 40% dos que se autodeclararam pretos e pardos relataram ter sofrido agressões no momento da prisão, contra 34,5% dos brancos (2020a, p. 11).

Em 2018, de forma pioneira, a Defensoria Pública do Rio de Janeiro inovou ao publicar um Protocolo Institucional de Prevenção e Combate à Tortura e aos Maus-tratos – Resolução DPGE n. 932/2018³, de modo a direcionar a atuação de todos os integrantes da instituição caso recebessem relatos de tortura. Não por acaso, 80% dos comunicados recebidos no primeiro ano do protocolo pelo Núcleo de Direitos Humanos da Defensoria Pública, que atua como órgão aglutinador dessas denúncias, vieram das audiências de custódia (RIO DE JANEIRO, 2019, p.3).

O objetivo deste protocolo, apontado como referência de práticas promissoras pelo CNJ no Manual de Prevenção e Combate à Tortura e Maus-tratos para Audiência de Custódia (BRASIL, 2020, p. 178), é promover interna e externamente a desnaturalização da cultura de violência, coletar dados e, a partir daí, incidir de forma estratégica.

E aqui é oportuno situar a tortura na realidade latino-americana. Em países que não passaram por uma efetiva justiça de transição como o Brasil, a tortura ainda é endêmica

³ Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser **conduzida, sem demora, à presença do juiz** ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença. (Grifo nosso)



e institucionalizada. As instituições não foram reformadas na transição democrática que sucedeu os regimes autoritários.

Talvez isso se some à explicação de por que, apesar de termos recebido relato de agressões no momento da prisão em 38% dos casos, em menos de 1% deles a prisão foi considerada ilegal pelo juiz da audiência de custódia, conforme apontado no levantamento de 2017 a 2019 (RIO DE JANEIRO, 2020a). Em 60% dos casos, as agressões foram atribuídas a policiais militares. Tudo a evidenciar uma legitimação da violência estatal por boa parcela do Poder Judiciário (2020a, p. 9).

3. A PANDEMIA: ISOLAMENTO SOCIAL VS. PRESENÇA FÍSICA

Esse foi o cenário que o vírus da Covid-19 encontrou ao desembarcar no estado, no início de 2020.

Historicamente, períodos excepcionais foram usados para a subtração ou mitigação de direitos fundamentais. Desde o início da pandemia e com o súbito fechamento dos Tribunais diante da necessidade de isolamento social, estávamos cientes de que enfrentaríamos enormes desafios na defesa criminal.

A Defensoria impetrou centenas de habeas corpus individuais e coletivos visando à redução do superlotado sistema carcerário fluminense e sabíamos do grande risco de implementação das audiências de custódia por videoconferência.

De fato, o impasse não era simples. Como conjugar a necessidade de isolamento social visando à ausência de contato entre as pessoas com uma audiência cuja essência era e é, exatamente, esse contato?

O Protocolo de Istambul, Manual para Investigação e Documentação Eficazes da Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes das Nações Unidas enfatiza em seu §151 que, para bem apurar os relatos de tortura e maus-tratos, “é fundamental, não apenas ouvir o que é dito, mas também observar a linguagem corporal, expressões faciais, tom de voz e gestos do entrevistado para obter uma percepção completa do caso” (Nações Unidas, 2001).



Em publicação que questiona se a audiência de custódia por videoconferência foi um caso bem-sucedido, Valença (2023, p.10-11) elenca diversos impactos decorrentes da virtualização, a partir de estudos realizados nos Estados Unidos. Dentre eles, pontua uma redução do senso de seriedade e formalidade no ato virtual, bem como uma maior dificuldade de compreensão do ato pelo custodiado. Ressalta que a falta de acesso às comunicações não verbais também reduz a qualidade da comunicação e das diferentes percepções. Esclarece, ainda, que a pessoa pode se sentir mais intimidada diante da câmera, o que pode dar ensejo a reações lidas de forma negativa pela autoridade judicial, dentre outros fatores.

Rapidamente a pressão pela adoção da videoconferência cresceu, mas em momento algum a Defensoria do Rio de Janeiro concordou com a sua realização. Apesar disso, o TJRJ determinou a videoconferência de forma excepcional, que durou apenas um dia, por meio do Ato Normativo Conjunto TJ/CGJ n. 07/2020, de 16 de março de 2020. A experiência desse dia, que contou com atuação da Defensoria tanto ao lado da pessoa presa quanto na sala de audiências com a autoridade judicial, com a alegação de nulidade de todas as audiências, apenas reforçou o que imaginávamos: o distanciamento causado pela tela nos dois sentidos era inegável, era difícil distinguir as pessoas custodiadas à distância, não era possível ver eventuais marcas ou indícios de agressões e a linguagem corporal restava completamente comprometida. Foi a confirmação de que o objetivo central de prevenção e combate à tortura da audiência de custódia não seria atendido se fosse mantido aquele formato.

A fim de evitar o risco de um retrocesso talvez irreversível acaso admitidas as audiências de custódia por videoconferência, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Recomendação CNJ n. 62 de 17/03/2020, sugeriu aos tribunais a sua suspensão em caráter excepcional e exclusivamente durante o período de restrição sanitária.

Com base nessa normativa, as audiências de custódia foram suspensas no estado do Rio de Janeiro dia 18 de março de 2020 e substituídas por uma análise qualificada do flagrante pela



autoridade judicial, após manifestação das partes e instruída com laudo pericial, nos termos do artigo 8º da Recomendação CNJ n. 62/2020.

No Rio de Janeiro, a proposta de implementação das audiências de custódia por videoconferência foi apresentada pelo Tribunal de Justiça em reunião do Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário (GMF) do dia 15 de junho de 2020, quando o estado começava a superar o período mais agudo da pandemia e as instituições começavam a planejar sua reabertura.

Indagado, o Ministério Público concordou com a proposta. Coube à Defensoria Pública se posicionar contrariamente e ponderar que, assim como as instituições estavam readequando seus espaços e criando protocolos sanitários para o retorno presencial, o mesmo deveria ser feito em relação às audiências de custódia, com ainda maior razão e urgência, dada a sua natureza e essencialidade.

Como não houve unanimidade e não havia normatização do CNJ quanto à matéria, a então Supervisora do GMF determinou que não seriam realizadas audiências de custódia virtuais, o que poderia ser revisto caso o CNJ viesse a normatizar a questão de forma diversa (RIO DE JANEIRO, 2020b, p. 3). Na reunião seguinte, de 30 de junho de 2020, já se passou à discussão acerca das diferentes possibilidades de layout das CEACs (RIO DE JANEIRO, 2020c).

Considerando as especificidades tanto de arquitetura quanto de fluxos da Central de Custódia, a Defensoria Pública solicitou o auxílio da Faculdade de Arquitetura e Urbanismo (FAU) da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), que apresentaram contribuições técnicas para readequação dos espaços e insumos para a criação de um protocolo de biossegurança que permitissem a retomada presencial de forma segura e responsável. Referidos documentos foram encaminhados ao GMF/RJ, com o objetivo de somar esforços e contribuir para a construção coletiva de novas rotinas que permitissem o retorno das atividades no Rio de Janeiro.



4. A DISPUTA NACIONAL: ATUAÇÃO COLETIVA

No âmbito do Conselho Nacional de Justiça, a questão foi debatida e disputada por ocasião da votação da Resolução CNJ n. 329, de 30 de julho de 2020, que regulamentou e estabeleceu critérios para a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência, em processos penais e de execução penal, durante o estado de calamidade pública em razão da pandemia mundial por Covid-19.

Na minuta do ato normativo, o artigo 19 previa a vedação expressa à realização das audiências de custódia por videoconferência, já que incompatível com a natureza do instituto e que significaria o seu esvaziamento. Com efeito, o contato imediato entre o juiz e a pessoa presa é fundamental para que se percebam nuances incapazes de atravessar a frieza de uma tela e para que se possa assegurar que eventual relato de tortura seja prestado livre de constrangimentos por trás das câmeras.

Mas a questão não era pacífica entre os conselheiros do CNJ.

Defensorias Públicas em conjunto com movimentos sociais e organizações da sociedade civil com compromisso histórico na defesa dos direitos humanos e na prevenção e combate à tortura promoveram, então, uma mobilização nacional das redes sociais e um trabalho de advocacy junto ao Conselho Nacional de Justiça. Além de memoriais encaminhados pela Defensoria do Rio de Janeiro e Nota Técnica do Colégio de Defensores Públicos Gerais CONDEGE, mais de 150 entidades assinaram um ofício conjunto que foi entregue a todos os conselheiros do CNJ, postulando a manutenção da expressa vedação às audiências de custódia por videoconferência. Importante pontuar, também, a forte mobilização nas redes sociais na campanha #torturanãosevêpelaTV e #CustódiaVirtualNão.

A atuação foi exitosa e o voto pela manutenção do artigo 19, que vedava a realização das audiências de custódia por videoconferência, saiu vencedor.

Pouco depois da publicação da Resolução CNJ n. 329/2020, as audiências de custódia foram retomadas de forma presencial em todo o estado do Rio de Janeiro a partir do dia 3 de agosto de 2020 (Atos Normativos TJRJ n. 20 e 22/2020), modelo que persiste até hoje.



5. AVANÇOS E RETROCESSOS: O DEVER DE ETERNA VIGILÂNCIA

É certo que a disciplina normativa das audiências de custódia, em especial quanto à presencialidade, sofreu significativos revezes posteriores.

Em novembro de 2020, com o prolongamento da pandemia e já na gestão do Ministro Luiz Fux, a questão voltou a ser debatida pelo Plenário do CNJ, que acabou por aprovar a Resolução CNJ 357/2020, que por sua vez passou a admitir a custódia virtual de forma excepcional durante a emergência sanitária e desde que atendidos aos requisitos mínimos previstos na normativa⁴. Mais uma vez a articulação das Defensorias com a sociedade civil organizada e os movimentos sociais se fez presente⁵, com

⁴ “Art. 1º O art. 19 da Resolução CNJ nº 329/2020 passa a vigorar com as seguintes alterações:

‘Art. 19. Admite-se a realização por videoconferência das audiências de custódia previstas nos artigos 287 e 310, ambos do Código de Processo Penal, e na Resolução CNJ nº 213/2015, quando não for possível a realização, em 24 horas, de forma presencial.

§ 1º Será garantido o direito de entrevista prévia e reservada entre o preso e advogado ou defensor, tanto presencialmente quanto por videoconferência, telefone ou qualquer outro meio de comunicação.

§ 2º Para prevenir qualquer tipo de abuso ou constrangimento ilegal, deverão ser tomadas as seguintes cautelas:

I – deverá ser assegurada privacidade ao preso na sala em que se realizar a videoconferência, devendo permanecer sozinho durante a realização de sua oitiva, observada a regra do § 1º e ressalvada a possibilidade de presença física de seu advogado ou defensor no ambiente;

II – a condição exigida no inciso I poderá ser certificada pelo próprio Juiz, Ministério Público e Defesa, por meio do uso concomitante de mais de uma câmera no ambiente ou de câmeras 360 graus, de modo a permitir a visualização integral do espaço durante a realização do ato;

III – deverá haver também uma câmera externa a monitorar a entrada do preso na sala e a porta desta; e IV – o exame de corpo de delito, a atestar a integridade física do preso, deverá ser realizado antes do ato.

§ 3º A participação do Ministério Público deverá ser assegurada, com intimação prévia e obrigatória, podendo propor, inclusive, o acordo de não persecução penal nas hipóteses previstas no artigo 28-A do Código de Processo Penal.

§ 4º As salas destinadas para a realização de atos processuais por sistema de videoconferência poderão ser fiscalizadas pelas corregedorias e pelos juizes que presidirem as audiências.” Resolução CNJ n. 357/2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3595#:~:text=Dispõe%20sobre%20a%20realiza%C3%A7%C3%A3o%20de,24%20horas%2C%20de%20forma%20presencial>. Acesso em: 20 abr. 2024.

⁵ Para ver mais sobre: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2020/11/entidades-vao-ao-cnj-contr-a-possibilidade-de-fux-mudar-audiencias-de-custodia.shtml>; <https://oglobo.globo.com/brasil/cnj-vai-decidir-se-audiencias-de-custodia-podem-ser-feitas-por-meio-virtual-na-pandemia-24761030>; <https://www.facebook.com/watch/?v=453627329371299>; <https://www.covidnasprisoas.com/blog/78-organizacoes-e-movimentos-enviam-oficio-ao-cnj-manifestando-se-pela-nao>. Acesso em: 20 abr. 2024.



o envio ao CNJ de manifestação subscrita por 78 entidades na defesa da presencialidade, dentre as quais a Associação Nacional de Defensoras e Defensores Públicos (Anadep), a Associação de Juízes para a Democracia (AJD), a Frente pelo Desencarceramento, a Coalizão Negra por Direitos, os Mecanismos Estaduais e Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, a Associação para a Prevenção da Tortura (APT) e a Pastoral Carcerária Nacional. As sustentações orais foram apresentadas pelo Núcleo Especializado de Situação Carcerária da Defensoria Pública de São Paulo, Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), Conectas Direitos Humanos, Associação para a Prevenção da Tortura (APT) e pela Defensoria Pública do RJ, que, três meses após o retorno das audiências de custódia em todo o estado, mostrava que era sim possível retomar as atividades de forma presencial com responsabilidade e segurança.

Ainda que naquele momento o resultado não tenha sido o defendido, firmar posição institucional em defesa da presencialidade foi fundamental.

Os avanços e retrocessos na pauta que se seguiram no STF⁶, no Congresso Nacional⁷ e no próprio CNJ⁸ são um bom exemplo de que a luta pela afirmação dos direitos humanos é contínua e sem fim. Neste breve ensaio, não se pretende detalhar cada passo da disputa nos últimos quatro anos.

O que foi possível observar e merece registro foi a gravidade do cenário em locais onde as audiências de custódia passaram a ser realizadas por videoconferência. Em inspeções realizadas pelo CNJ

⁶ Neste sentido, ver ADI 6257, ADI 6841, ADIs 6298, 6299, 6300, 6305 (do juízo das garantias) e ADPF 347.

⁷ Derrubada do veto presidencial ao Pacote Anticrime em abril de 2021, restabelecendo a vigência do § 1º do art. 3º-B do CPP: "O preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do juiz de garantias no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, momento em que se realizará audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou de advogado constituído, **vedado o emprego de videoconferência.**" (Grifo nosso)

⁸ Recomendação CNJ n. 91/2021; Resolução CNJ n. 481/2022, que revogou as resoluções que traziam disciplinas especiais em função da pandemia, entre as quais as Resoluções CNJ n. 329/2020 e 357/2020.



nos estados do Ceará⁹, Amazonas¹⁰ e Pernambuco¹¹, por exemplo, constatou-se pessoas sendo apresentadas a partir de delegacias ou unidades prisionais, sem um espaço seguro e adequado para que pudessem relatar como foi a prisão à autoridade judicial livre de intimidações. A dificuldade de compreensão acerca do ato e suas implicações, severamente acrescida pelo distanciamento, foi igualmente digna de nota. Além disso, pontuou – se que o campo de visão do magistrado ficava claramente comprometido, enxergando apenas o rosto e o dorso da pessoa apresentada. Pessoas em alguns casos algemadas nas mãos e nos pés, com os instrumentos de contenção fora do que as câmeras transmitiam para quem estava do outro lado da tela. Tudo a evidenciar o grave prejuízo que a adoção da videoconferência representa nas audiências de custódia, com o que as Defensorias Públicas têm o dever institucional de não anuir, em atenção aos seus objetivos previstos no art. 3º-A, I, III e IV da Lei Complementar 80/94.

Por ocasião do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) que discutiam o instituto do “juiz das garantias”, decidiu o Plenário do STF, em 2023, por “atribuir interpretação conforme ao caput do art. 310 do CPP, alterado pela Lei no 13.964/2019, para assentar que o juiz, em caso de urgência e se o meio se revelar idôneo, poderá realizar a audiência de custódia por videoconferência” (BRASIL, 2023, p. 31).

Ainda que no julgamento tenha sido pontuada a sua excepcionalidade, será fundamental que as Defensorias Públicas e demais instituições de defesa de direitos humanos permaneçam atentas e vigilantes de modo a não permitir a banalização da virtualização e, assim, assentir com o esvaziamento das audiências de custódia dela decorrente.

⁹ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/05/relatorio-de-ins-pecoes-prisionais-no-estado-do-ceara-web-2022-05-09.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2024.

¹⁰ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/12/relatorio-de-ins-pecoes-estabelecimento-prisionais-do-estado-do-amazonas.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2024.

¹¹ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/02/relatorio-de-ins-pecoes-tjpe-marco-2022.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2024.



6. CONCLUSÃO

Na comemoração dos 70 anos da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, o presente ensaio buscou apresentar um breve histórico do percurso de implementação das audiências de custódia no estado, esse momento crucial de disputa da liberdade, estratégico e complexo, que vai muito além do ato jurisdicional.

A pesquisa “Does Torture Prevention Work?” da Associação Para Prevenção da Tortura (APT) sinalizou que as garantias do devido processo legal nas primeiras horas da detenção são as medidas mais eficazes para prevenir a tortura (BRASIL, 2020, p. 5). Nesse sentido, o Relator Especial das Nações Unidas sobre Tortura de 2010 a 2016, Juan E. Méndez, reconheceu ser a audiência de custódia uma das iniciativas mais importantes para abordar o problema da prisão arbitrária e da tortura no Brasil (NAÇÕES UNIDAS, 2015).

O registro abordou de forma mais detida o período da pandemia da Covid-19, momento cuja particularidade deu força às pressões pela virtualização das audiências de custódia. O dilema não era banal: como conjugar a necessidade de isolamento social com a apresentação física da pessoa à autoridade judicial, a própria essência do instituto?

No Rio de Janeiro, a firme atuação da Defensoria Pública e em parceria com a sociedade civil organizada e os movimentos sociais foi fundamental para que a videoconferência não fosse implementada no estado. Do mesmo modo, a instituição colaborou com o fornecimento de insumos técnicos a contribuir com a necessária alteração dos layouts e elaboração de protocolo de biossegurança para que o retorno presencial fosse possível e se desse em respeito às diretrizes sanitárias.

Após três meses de suspensão, seguindo à Recomendação CNJ n. 62/2020, as audiências de custódia foram retomadas com responsabilidade e segurança em todo o estado fluminense a partir de 3 de agosto de 2020, tendo este sido a primeira unidade da federação a assegurar o retorno presencial. Hoje, enquanto alguns estados ainda resistem à apresentação física e imediata da pessoa presa à autoridade judicial, a questão está pacificada no Rio de Janeiro.



Os registros do esvaziamento das audiências de custódia observados a partir da sua virtualização em outros tribunais do país são um alerta que nos convoca à eterna vigilância. Tortura de fato não se vê pela TV. É compromisso institucional da Defensoria Pública não anuir com eventuais tentativas de retrocesso diante das conquistas que duramente conseguimos no estado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6298/DF**. Ações diretas de inconstitucionalidade. Direito constitucional. Direito Processual Penal. ADI's 6298, 6299, 6300 e 6305. Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Ampla alteração de normas de natureza penal, processual penal e de execução penal. Impugnação específica de artigos pertinentes à atuação do Juiz e do Ministério Público no procedimento de investigação criminal. Criação do "Juiz de garantias." Criação do "Acordo de Não-Persecução Penal" [...]. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros e Outros. Relator: Min. Luiz Fux, 24 de agosto de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15363755297&ext=.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Manual de prevenção e combate à tortura e maus – tratos para audiência de custódia**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/11/manual_de_tortura-web.pdf. Acesso em: 20 abr. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Recomendação n. 91, de 15 de março de 2021**. Recomenda aos tribunais e magistrados(as) a adoção de medidas preventivas adicionais à propagação da infecção pelo novo Coronavírus e suas variantes – Covid-19, no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo.. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original22294820210315604fdfdc5ee46.pdf>. Acesso em: 31 maio 2024.



CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 329 , de 30 de julho de 2020**. Regulamenta e estabelece critérios para a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência, em processos penais e de execução penal, durante o estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Federal no 06/2020, em razão da pandemia mundial por Covid-10. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original133456202008265f4665002a5ee.pdf>. Acesso em: 31 maio 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 357, de 26 de novembro de 2020**. Dispõe sobre a realização de audiências de custódia por videoconferência quando não for possível a realização, em 24 horas, de forma presencial. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original000449202011275fc042a1730c2.pdf>. Acesso em: 31 maio 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 481 , de 22 de novembro de 2022**. Revoga as Resoluções vigentes à época da pandemia do Coronavírus e altera as Resoluções CNJ n. 227/2016, 343/2020, 345/2020, 354/2020 e 465/2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original125734202211286384b03e81656.pdf>. Acesso em: 31 maio 2024.

NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, Nova Iorque: ONU, 1966**.

NAÇÕES UNIDAS. **Protocolo de Istambul**: Manual para investigação e documentação eficazes da tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Nova Iorque: Nações Unidas, 2001. Disponível em: <https://direitoshumanos.dpu.def.br/protocolo-de-istambul-manual-para-investigacao-e-documentacao-eficazes-da-tortura-e-outras-penas-ou-tratamentos-cruéis-desumanos-ou-degradantes/>. Acesso em: 20 abr. 2024.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção americana sobre direitos humanos**. San José: OEA, 1969.



RIO DE JANEIRO (Estado). Defensoria Pública. **Resolução DPGE n. 932, de 26 de junho de 2018**. Cria no âmbito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, o protocolo de prevenção e combate à tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: [https://defensoria.rj.def.br/legislacao/detalhes/6321-RESOLUCAO – DPGE-Nº-932-DE-26-DE-JUNHO-DE-2018](https://defensoria.rj.def.br/legislacao/detalhes/6321-RESOLUCAO-DPGE-Nº-932-DE-26-DE-JUNHO-DE-2018) – . Acesso em: 20 abr. 2024.

RIO DE JANEIRO (Estado). Defensoria Pública. **Perfil das denúncias recebidas em razão do protocolo da prevenção e combate à tortura da Defensoria Pública do RJ**. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/4688e3741bd14a60a27c08cf15cdaa43.pdf> Acesso em: 21 abr. 2024.

RIO DE JANEIRO (Estado). Defensoria Pública. **Perfil dos entrevistados pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro nas audiências de custódia entre setembro de 2017 e setembro de 2019**. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2020a. Disponível em: <https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/0b6d8d161c1b41739e7fc20cca0c1e39.pdf> . Acesso em: 20 abr. 2024.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. Órgão Especial. **Resolução TJ/OE/RJ n. 05 de, 10 de julho de 2017**. Altera a redação dos dispositivos que menciona, todos da Resolução TJ/OE/RJ n.º 29/2015 que Disciplina a Audiência de Custódia no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro . Rio de Janeiro: TJRJ, 2017. Disponível em: http://www4.tjrj.jus.br/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=202658&integra=1. Acesso em: 20 abr. 2024.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Judiciário. **Ata de Reunião n. 09/2020 do Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário no Âmbito do Poder Judiciário do Rio de Janeiro – GMF/RJ (Audiência de Custódia)**. Rio de Janeiro: PJERJ, 2020b.



RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Judiciário. **Ata de Reunião n. 10/2020 do Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário no Âmbito do Poder Judiciário do Rio de Janeiro – GMF/RJ (Audiência de Custódia)**. Rio de Janeiro: PJERJ, 2020c.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. **Ato Normativo Conjunto TJ/CGJ nº 07/2020**. Disciplina o disposto no art. 9º do Ato Normativo Conjunto nº 04/2020 e dá outras providências. Rio de Janeiro: TJRJ, 2020d. Disponível em: http://www4.tjrj.jus.br/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=277748&integra=1. Acesso em: 20 abr. 2024.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. **Ato Normativo TJ n. 20/2020**. Dispõe sobre o retorno escalonado das audiências de custódia no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: TJRJ, 2020e. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/biblioteca/index.asp?codigosophia=279704&integra=1>. Acesso em: 21 abr. 2024

UN Rights Expert Urges Brazil To Address Prison Overcrowding And Implement Measures Against Torture. **United Nations Human Rights**: Office of the High Commissioner, 14 aug. 2015. Press Releases. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2015/08/un-rights-expert-urges-brazil-address-prison-overcrowding-and-implement?LangID=E&NewsID=16325>. Acesso em: 21 abr. 2024.

VALENÇA, Manuela Abath. **Audiências de custódia por videoconferência**: um caso bem – sucedido? **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 19, e2325, 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2317-6172202325>. Acesso em: 21 abr. 2024.



O OLHAR DA DEFENSORIA SOBRE ASPECTOS JURÍDICOS- SOCIAIS NA APLICAÇÃO DA SÚMULA 70 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Denis Sampaio¹

Isabel Schprejer²

Lúcia Helena Oliveira³

Eles me pegaram na quarta-feira, o acontecido foi tido na terça, então aquela mulher estava muito abalada... [chorando] ninguém merece passar por aquilo não... me algemaram, me botaram dentro do carro, meus amigos todos no portão, meu pai, e eu sem poder falar, sem poder explicar o que estava acontecendo, meu pai vendo... eles estão me levando e eu não sei, eles estão me acusando, eu não sei o que está acontecendo, [choro] desde ali eu não pude falar com meu pai, nem dar um abraço nele, entendeu? Mas ali eu ainda estava tranquilo, sabendo que não fui eu, pensando, poxa, e o grito dos inocentes eu vou chegar lá, vou fazer o procedimento que tem que fazer eu vou ser liberado... Quando eu olhei pro meu lado, tinha um moreninho, dois branquinhos, e chamaram aquelas mulheres para fazer o reconhecimento... [...] cara, eu fui jogado numa cela com 85 pessoas. Foram momentos horríveis, entendeu? Porque no momento em

¹ Defensor Público titular do 2º Tribunal do Júri do Rio de Janeiro. Coordenador do Núcleo de Investigação Defensiva da DPRJ. Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Lisboa, Portugal, Mestre em Ciências Criminais pela UCAM/RJ; Especialista em Prova Testemunha e Raciocínio Probatório pela Faculdade de Girona (ES); Investigador do Centro de Investigação em Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Lisboa/PT; Membro Consultor da Comissão de Investigação Defensiva da OAB/RJ; Membro Honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros, professor de Processo Penal. Autor de livros e Artigos.

² Defensora Pública do Rio de Janeiro; Subcoordenadora de Defesa Criminal da Defensoria Pública-RJ; Membro do Conselho Penitenciário do RJ e do Comitê do Plano Estadual da Política de Atenção à Mulher Presa e Egressa do RJ; Especialista em Processo Penal e Garantias Fundamentais pela Academia Brasileira de Direito Constitucional.

³ Defensora Pública, titular da 35ª. Vara Criminal do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela UNESA; Pós-Graduada em Relações Étnico Raciais pela UERJ; Coordenadora de Defesa Criminal da Defensoria Pública-RJ; Coordenadora de Políticas Criminais da ANADEP; integrante do Fórum Permanente de Direito Penal da EMERJ; Professora de Direito Penal. Autora de artigos.



que eu cheguei lá, pela repercussão do caso, eu cheguei lá naquele lugar como um monstro. Mas eu não julgo a família daquele rapaz, eu jamais julgaria, eu só tinha como suportar aquilo tudo calado⁴.

1. INTRODUÇÃO: MOTIVOS INSTITUCIONAIS PARA A REFLEXÃO

Motivados pela satisfação em participar da publicação especial do Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, lançamos breves linhas sobre relevantes aspectos vinculados à Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Antes de tecermos nossas considerações, faz-se necessário registrar os agradecimentos pelo honroso convite para fazer parte da homenagem que festeja os 70 anos da nossa Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Com o escopo de darmos uma contribuição efetiva neste marcante ano, escolhemos um tema muito presente no cotidiano das defesas criminais, no âmbito da Defensoria Pública deste Estado, sobretudo diante de, não raras vezes, nos deparamos com situações de injustiças sociais e epistêmicas, além de casos envolvendo questões raciais, que, infelizmente, acabam por incentivar o aumento das taxas de encarceramento, principalmente de pessoas negras. Pretendemos, portanto, focar na temática que envolve a Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, lançaremos o nosso olhar através de uma defesa pública.

Iniciamos nossas linhas com o olhar do Leonardo, preso injustamente, que mostrou sua indignação em relação ao sistema de justiça criminal⁵. A escolha de Leonardo para inaugurar o nosso artigo não é aleatória, pois seus sentimentos e pensamentos

⁴ Este texto é mencionado na obra **Rebelião**, em artigo de CARINHANHA, Ana Míria dos S. C.: "Get the nigger" e o grito dos inocentes: a raça enquanto dispositivo de regulação jurídico-penal. In: FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro; PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. **Rebelião**. Brasília: Brabo Negro, Nirema, 2020.

⁵ Preso por crime que não cometeu Leonardo se encontra com mãe da vítima. Fantástico, 27/01/2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2019/01/27/nao-tenho-magoa-de-ninguem-diz-jovem-que-foi-presos-injustamente.ghtml>



refletem o que muitos dos usuários do serviço público de assistência jurídica gratuita prestado pela Defensoria Pública vivenciam, provocando o direcionamento atento da defesa criminal no âmbito da instituição. Neste sentido, o vivenciado por Leonardo guarda íntima relação com o cotidiano dos processos criminais, sobretudo em razão da incidência constante da Súmula 70 do TJRJ, cabendo à nossa instituição a função de assegurar que sejam respeitadas as garantias constitucionais vigentes.

Cabe à Defensoria Pública, na qualidade de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, a promoção da defesa, em todos os graus, quer seja judicial ou extrajudicial⁶. Neste sentido, é papel da defesa pública criminal zelar para a garantia da dignidade humana e redução das desigualdades sociais, além da preservação dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, e, nesse contexto, necessário se faz destacar os reflexos do entendimento sumulado no âmbito do Estado do Rio de Janeiro.

2. CRÍTICA CONSTITUCIONAL DA POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL FLUMINENSE

Em 2003, o TJERJ editou a Súmula 70, cujo teor expressa que *“o fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação.”* A redação do enunciado quer nos dizer que a condenação, em um processo penal, poderá estar baseada unicamente em depoimentos de policiais. O que pretendemos alertar são as implicações ou violações desta assertiva, em nosso Estado – e por todo o país –, ao longo de mais de vinte anos de sua aplicação.

Observando o cotidiano forense, é possível verificar que a maioria dos processos criminais decorre de prisão em flagrante, e essas prisões, de um modo geral, geram sentenças que, em regra, são de natureza condenatória. Nessa seara, um dos problemas que

⁶ Art. 134, CF. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.



precisa ser enfrentado é a clara violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência, quando da aplicação da Súmula 70 do TJRJ, considerando que os mesmos agentes que efetivaram a prisão em flagrante acabam testemunhando sobre seus atos, havendo para esses testemunhos presunção de veracidade, alicerçada no argumento da fé pública.

A Súmula em debate foi aprovada por unanimidade pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no ano de 2003, e publicada no início de 2004. Embora não estejam disponíveis muitos fundamentos sobre os debates que ensejaram o entendimento sumulado naquela época, sabe-se que o contexto envolvia a dificuldade de se indicar testemunhas do fato, notadamente, quanto ao tráfico de entorpecentes, sugerindo, portanto, a consideração do testemunho do policial condutor do flagrante, cuja maior característica é a fé pública. Nesse sentido, a palavra de policiais acabou recebendo um acrítico sobrevalor probatório, em especial nas imputações de crimes de tráfico de drogas, roubo, homicídios, dentre outros.

Preocupada com a recorrente e automática incidência da Súmula 70 do TJRJ nos processos criminais, gerando condenações muitas vezes irreflexivas e, portanto, injustas, a Defensoria Pública do Rio de Janeiro requereu em 2018, junto ao Centro de Estudos e Debates do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o cancelamento da Súmula ou, subsidiariamente, a sua revisão. Após o decurso de seis anos, e no ano em que a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro completa seus 70 anos, o procedimento administrativo será submetido à avaliação do Órgão Especial. Esperamos, portanto, que esta septuagenária instituição seja presenteadada com a preservação das garantias constitucionais dos usuários de seus serviços.

A vigência da Súmula 70 do TJRJ, assim, provoca um necessário e, ao mesmo tempo, problemático debate para além do Estado da sua edição, pois se tem, de um lado, a credibilidade acrítica da palavra de agentes policiais e, de outro lado, a descrença sobre as palavras de pessoas do local onde os fatos supostamente ocorreram e das próprias pessoas investigadas ou processadas. Aqueles que sustentam a manutenção do enunciado argumentam que a descrença na palavra dos agentes traz insegurança jurídica



e desconfiança da segurança pública, podendo levar a um número indeterminado de absolvições. Por outro lado, não se pode conceber, em um processo penal democrático, a formação de níveis hierárquicos sobre o valor da complexa e, ao mesmo tempo sensível, prova testemunhal e, ainda, ruptura com os princípios constitucionais que caracterizam o grau de civilidade nas tomadas de decisão, tais como presunção de inocência, contraditório e ampla defesa. Eis a problemática!

Em muitos casos, os policiais que efetuam a prisão em flagrante vêm a confirmar suas ações⁷, através de suas narrativas em juízo, e, posteriormente, advém a sentença condenatória, sob o argumento de que a prova produzida é sólida, diante dos testemunhos dos agentes. Essa situação ocorre ainda que a defesa traga ao processo elementos probatórios que produzam informações contrárias ou alternativas à imputação, ou, ainda, que a pessoa acusada negue, de forma veemente, a hipótese acusatória. Nesse sentido, o que é observado na prática é uma ruptura com a garantia da presunção de inocência em seu viés probatório: direcionamento acrítico das informações trazidas pela narrativa policial – pela presunção de veracidade nas suas narrativas – e, consequentemente, um filtro crítico constante com os elementos de prova produzido pela defesa – caracterizado pela presunção de interesse e inveracidade dos seus relatos. No momento valorativo de todo o resultado probatório, há verdadeira discrepância na balança e inversão do ônus da prova.

Como já advertiram Nicolitti e Barilli, “por mais que se trate de depoimento de agentes públicos, a presunção de veracidade e legitimidade sucumbe diante da presunção de inocência, que exige, mais do que um atributo funcional genérico, uma comprovação suficiente para que o fato seja considerado provado”⁸.

⁷ “Na verdade, se tivermos que analisar friamente o peso dos depoimentos dos policiais em relação a suas ocorrências, tenderíamos a dizer que eles gozam de certa parcialidade, visto que é presumível que um profissional qualquer seja minimamente interessado no resultado prático de seu trabalho.” NICOLITTI, André e BARILLI, Raphael. Standards de prova no Direito – debate sobre a súmula 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Boletim IBCCRIM**, ano 26, n. 302, jan. 2018, p. 8.

⁸ NICOLITTI e BARILLI. Standards de prova no Direito – debate sobre a súmula 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. p. 8.



Não se torna despidendo ratificar que “um dos critérios necessários para aferir qualquer grau de culpa em relação ao acusado diz respeito ao reconhecimento do estado de inocência como principal parâmetro destinado à avaliação e formação de um Estado preocupado com a proteção de inocentes e, consequentemente, caracterizado não apenas como primeiro critério reitor do conteúdo e da estrutura do processo penal, mas como parâmetro de civilização”⁹.

A maior preocupação, assim, é a interpretação que vem sendo realizada por ocasião da aplicação da Súmula, de forma mecânica e irrefletida, no sentido de conferir presunção de veracidade aos depoimentos prestados por autoridades policiais e seus agentes¹⁰, e, em contrapartida, presunção de falsidade à palavra do indivíduo que ocupa o banco dos réus. O problema é que essa máxima não pode figurar generalizada e, na justiça fluminense, sumulada. São máximas com alto grau de generalização, destituídas de um método crítico sobre as fontes de prova, fundadas apenas no senso comum equivocado, que fazem lembrar o sistema de prova legal, em que bastavam duas testemunhas presenciais e concordantes para a confirmação dos fatos imputados. Nas palavras de Sousa Mendes, “se as regras de experiência formuladas pelo próprio julgador fossem consideradas só por si determinantes para a prova dos factos, então acabariam funcionando da mesma maneira que as antigas fórmulas do sistema da prova legal, por isso mesmo que, tanto aquelas quanto estas prevaleceriam assim sobre o conhecimento dos factos”¹¹.

⁹ SAMPAIO, Denis. **A Valoração da Prova Penal. O problema do livre convencimento e a necessidade de fixação do método de constatação probatório como viável controle decisório**. 1. ed. Florianópolis: Emals, 2022, p. 399.

¹⁰ Pela observação do espantoso número de condenação de inocentes nos EUA com base, em parte, em depoimentos de policiais e peritos faltosos com a verdade, Thaman aponta que “esses velhos pressupostos de integridade oficial são equivocados”. THAMAN, Stephen C. Reanchoring evidence law to formal rules: a step toward protecting the innocent from conviction for capital crimes? *In*: AMICORUM, Liber *et al* (ed.). **Visions of Justice**. Berlin: Duncker & Humblot, 2016, p. 381.

¹¹ MENDES, Paulo de Sousa. A prova penal e as regras de experiência. *In*: ANDRADE, Manual da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUZA, Susana Aires de, SEIÇA, Alberto Medina de (org.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2010. v.3, p. 1001.



3. A SÚMULA 70 ATRAVÉS DO NECESSÁRIO OLHAR RACIAL

Toda esta situação é, também, permeada pela seletividade penal, sobretudo quando analisamos o perfil de nosso sistema carcerário, bem como pesquisas que adentram na avaliação das abordagens policiais. Em assim sendo, a temática aqui tratada não pode ser estudada sem o necessário olhar racial, pois sabemos que a população carcerária é majoritariamente formada por pessoas negras. Nesse sentido, sabe-se que esse percentual vem aumentando de maneira significativa nos últimos anos.

A título de esclarecimento válido, e segundo informações colhidas do Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2023, em 2005 o percentual de pessoas negras encarceradas era de 58,4%, enquanto o de pessoas brancas era de 39,8%. Em 2022, este percentual passou a ser de 68,2%, ou seja, 442.033 pessoas encarceradas, enquanto o percentual relativo a pessoas brancas encarceradas diminuiu para 30,4%, com números absolutos de 197.084¹².

Citamos, ainda, pesquisa realizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro que buscava avaliar o perfil de pessoas submetidas às audiências de custódia, bem como os crimes preponderantes, referentes ao período de setembro de 2017 a setembro de 2019. No estudo, constatou-se que as pessoas que ingressaram no sistema prisional são majoritariamente pretas ou pardas, e que o crime preponderante é o tráfico de drogas¹³.

A temática aqui tratada mereceu destaque, também, através do Núcleo de Direito Humanos da Defensoria Pública, que

¹² ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública: 2023**. Disponível em: <https://publicacoes.forumseguranca.org.br/items/6b3e3a-1b-3bd2-40f7-b280-7419c8eb3b39>. Acesso em: 12 abr. 2024.

¹³ Os dados demonstram quem são as pessoas que estão ingressando no sistema prisional fluminense. A maioria, acusada por crime de tráfico de drogas, que mesmo sendo formada por custodiados primários, permanece presa provisoriamente, evidenciando a necessidade de repensar a política de segurança pública que prioriza a apreensão de pessoas em flagrante, muitas vezes pelo local onde se encontram, considerado como dominado por uma organização criminosa ligada ao tráfico, ainda que a quantidade de droga apreendida e nenhuma outra circunstância comprovem a participação nessa organização, como ficou comprovado em pesquisa realizada pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/23d53218e06a49f7b6b814afb-d3d9617.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2024.



publicou propostas no “Plano de Redução da Letalidade Policial e Controle das Violações de Direitos Humanos pelas Forças Policiais Fluminenses”, tendo assim alertado:

Os últimos anos foram especialmente difíceis: recessão econômica, falência fiscal do Estado, intervenção federal militarizada, o assassinato de Marielle Franco e Anderson Gomes, chacinas sistemáticas e recordes de letalidade policial. E o Rio de Janeiro destacou-se negativamente como epicentro dessa violência. Em 2018, a taxa de pessoas mortas pelas agências de segurança no estado foi cerca de cinco vezes superior ao percentual de São Paulo. No primeiro semestre de 2019, as forças de segurança fluminenses mataram 1.075 pessoas, o dobro das mortes provocadas por todas as polícias dos Estados Unidos, país que ostenta população quase vinte vezes maior do que a do Rio de Janeiro.

O Anuário de Segurança Pública faz uma avaliação sobre o perfil das vítimas da letalidade policial, deixando evidente a questão racial, o que nos permite reafirmar que a avaliação sobre a Súmula 70 do Tribunal de Justiça de Estado deve levar em consideração o racismo estrutural incidente em nossa sociedade. Assim concluiu o estudo:

Os dados que permitem construir o perfil das vítimas da letalidade policial são faceta evidente e consolidada historicamente do racismo que estrutura a sociedade brasileira. 83% dos mortos pela polícia em 2022 no Brasil eram negros, 76% tinham entre 12 e 29 anos. Jovens negros, majoritariamente pobres e residentes das periferias seguem sendo alvo preferencial da letalidade policial e, em resposta a sua vulnerabilidade, diversos estados seguem investindo no legado de modelos de policiamento que os tornam menos seguros e capazes de acessar os direitos civis fundamentais à não-discriminação e à vida. O dado sobre local de ocorrência revela a prevalência (68,1%) dos espaços públicos como de maior frequência das ocorrências de MDIP, ao passo que, residências das vítimas e outros tipos de local somam juntos um terço das ocorrências, ou seja, 1/6 das vítimas de letalidade policial foi morta dentro de casa.

No que diz respeito ao percentual de agentes de segurança mortos, o Anuário de Segurança Pública também nos indica o protagonismo das pessoas negras, pois 67,3% das mortes violentas intencionais de policiais civis e militares eram pessoas negras, ao passo que, quanto às pessoas brancas, este percentual é bem menor, somando 32,7%.



Atendendo ao pedido do Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública deste Estado, o jurista Salo de Carvalho elaborou parecer sobre a Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e ressaltou a hipervalorização judicial do depoimento policial e pouca credibilidade das pretensões probatórias realizadas pela defesa e da palavra do réu, vinculando este paradoxo à seletividade racial:

A seletividade racial que caracteriza o encarceramento marca todo o fluxo da persecução criminal, isto é, desde os critérios para a abordagem policial à análise judicial dos requisitos para extinção da punibilidade. No ponto, a hipervalorização judicial do depoimento policial decorre diretamente da descrença na palavra do acusado, daquele que foi previamente considerado suspeito e sofreu a abordagem da polícia. Em outras palavras: não há como afirmar a credibilidade no testemunho imputativo do policial sem, ao mesmo tempo, desmerecer a palavra defensiva do réu¹⁴.

Nesse ponto, é interessante registrar que pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) em parceria com a Secretaria Nacional de Política sobre Drogas e Gestão de Ativos do Ministério da Justiça e Segurança Pública (SENAD/MJSP), intitulada “Perfil do processado e Produção de Provas nas Ações Criminais por Tráfico de Drogas”, avaliou processos do primeiro semestre de 2019, em universo que abrangia inquéritos policiais de mais de uma década, concluindo que os jovens não brancos eram os mais envolvidos com a Lei de Drogas¹⁵.

¹⁴ CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil. Sobre a relevância do depoimento policial no processo penal: a inadequação constitucional da Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: parecer. Rio de Janeiro: DPRJ. CEJUR, 2024.

¹⁵ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Perfil do processado e produção de provas nas ações criminais por tráfico de drogas**: relatório analítico nacional dos tribunais estaduais de justiça comum. Brasília, DF: Ipea, 2023, 107 p. O recorte dos levantamentos é o de processos que tiveram decisão terminativa no primeiro semestre de 2019, em um universo que abrange, inclusive, inquéritos iniciados há mais de uma década. Nos TRFs, o conjunto analisado incluiu 253 processos, o que corresponde ao censo do universo de interesse. Nos TJs, foram analisados 5.121 processos, uma amostra representativa do universo de 41.100 processos existentes. Ainda que os pesquisadores tenham se deparado com lacunas nas informações constantes desses processos – lacunas essas que, por si só, são alguns dos achados do estudo –, o trabalho apresenta inúmeros dados para uma análise empírica da aplicação da Lei de Drogas brasileira. Um dos exemplos mais relevantes é o de demonstrar cabalmente algo já apontado pela literatura a respeito do perfil majoritário de réus por crimes previstos na Lei de Drogas: jovem, de baixa escolaridade, não branco e que, quando houve flagrante de porte de drogas ilícitas, portava quantidades relativamente pequenas. Entre os processos em que foi possível captar tais informações nos tribunais federais e estaduais, o perfil era, respectivamente: jovens de até 30 anos (42,5% e 73,6%), que cursaram no máximo o ensino fundamental (28,3% e 68,4%) e não brancos (68,1% e 68,7%).



Está, portanto, escancarada a seletividade penal, não havendo outra explicação a não ser o racismo estrutural que envolve nossa sociedade. Neste sentido, voltamos a dizer que a avaliação desta temática deve estar atrelada também e, de forma sensível, à questão racial, pois há, em nossa sociedade, uma política de aprisionamento de pessoas negras, conforme pode ser observado pelos altos percentuais que envolvem essas pessoas com o aparelho penal estatal.

Neste ponto, registra-se importante pesquisa realizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, através de sua Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça, com o apoio da Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas do Ministério da Justiça e Segurança Pública (SENAD/MJSP), cujo relatório final foi divulgado no ano de 2018¹⁶. Foram analisados, no levantamento, 3.745 casos individuais relacionados a 2.591 processos, distribuídos entre 1º de junho de 2014 e 30 de junho de 2015 aos juízos das varas criminais da Capital e da Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro, tendo como assunto crimes tipificados na Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas).

O estudo concluiu que agentes de segurança pública (dentre policiais civis, militares e agentes penitenciários – atualmente denominados policiais penais) figuram como testemunhas em 94,95% dos procedimentos que envolvem tais delitos. Demonstrou o relatório, ainda, que 53,79% das sentenças condenatórias por crimes da Lei de Drogas eram fundamentadas, principalmente, nos depoimentos de agentes de segurança, sendo que, em 82,13% dos casos, os processos derivavam de prisões em flagrante (em regra realizadas pelos próprios policiais depoentes), enquanto apenas 6% haviam se originado de investigações policiais.

Assim concluiu o relatório da pesquisa:

A Súmula 70 do TJRJ, com o seguinte teor “o fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus

¹⁶ Pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e Região Metropolitana do Rio de Janeiro – Relatório final. Disponível em: <https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/23d53218e06a49f7b6b814afbd3d9617.pdf>. Acesso em: 16 abr.2024.



agentes não desautoriza a condenação”, tem sido utilizada amplamente para justificar a falta de provas que vinculem o réu a uma organização criminosa. Os juízes fundamentam sua decisão dizendo que a palavra do policial tem legitimidade, por se tratar de funcionário público. Se um policial depõe dizendo que o local é dominado pelo tráfico e ninguém poderia comercializar drogas de forma isolada nesse local, os juízes tendem a não questionar esse depoimento [...]

O que se observa da leitura das sentenças desse tipo é que o uso indiscriminado da Súmula 70 para justificar a condenação com base apenas no depoimento dos policiais é resultado de uma interpretação do seu conteúdo no sentido de que a condenação não estaria apenas autorizada quando a única prova fosse o depoimento de autoridades policiais, mas que ela seria imperativa, legitimando-se uma indevida presunção de veracidade da palavra do policial.

A credibilidade dada à palavra do agente de segurança pública acaba dispensando a produção de qualquer prova da associação criminosa, bastando a afirmação de que o réu, naquela localidade onde foi encontrado, não poderia estar traficando sozinho. [...]

Relevante destacar, ainda, dados obtidos por outra pesquisa realizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, que permitem inferir que a presunção de veracidade conferida à palavra de agentes de segurança não é afastada até mesmo em casos nos quais se constata nos autos a informação de que a pessoa acusada foi submetida a torturas ou maus-tratos por parte dos próprios agentes.

Com efeito, o estudo¹⁷, lançado em 2021, apontou que, em 88% dos casos em que há denúncia de tortura formulada pelo réu, a despeito de haver marcas aparentes de lesões em 46,3% das hipóteses, ocorre a condenação. Registra-se que 53% desses casos se tratavam de imputações de delitos previstos na Lei de Drogas, e, ainda, que 46% das sentenças mencionam expressamente a Súmula 70 do TJRJ como fundamento para a condenação.

¹⁷ Disponível em: <http://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/e96420130874474d-93329fe54eae74bd.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2024.



O levantamento demonstrou, desta forma, que nem mesmo o fato de haver denúncia de agressão perpetrada pelos agentes de segurança que efetuarão a prisão, muitas vezes acompanhadas de vestígios físicos da violência registrados em exame de corpo de delito, faz com que os depoimentos dos agentes sejam questionados pelos julgadores, demonstrando ser pertinente a preocupação com a aplicação automatizada e irrefletida do verbete ora em comento.

Nesse ponto, vale registrar que, recentemente, vêm emergindo julgados do próprio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que relativizam o enunciado em caso de violência policial comprovada por laudo de exame pericial. Veja-se, neste sentido, a decisão abaixo, obtida através da atuação da Defensoria Pública¹⁸:

APELAÇÃO. ARTIGO 33 C/C 40, VI, DA LEI Nº 11.343/06. AGRESSÃO FÍSICA INFLIGIDA AO APELANTE NO ATO DE SUA PRISÃO EM FLAGRANTE PELOS AGENTES DA LEI. LESÕES ATESTADAS ATRAVÉS DE EXAME PERICIAL E FOTOGRAFIAS. NEGATIVA DO RECORRENTE DE ATUAR NA TRAFICÂNCIA DE ENTORPECENTES. PROVA SUBSEQUENTE CONTAMINADA. **AFRONTA AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. AGRESSÕES A DIREITOS HUMANOS TORNAM-SE AINDA MAIS GRAVES QUANDO PROVÊM DE AGENTES DO PRÓPRIO ESTADO.**

O conjunto probatório não pode servir de esteio à prolação de um decreto condenatório, porque, **em que pese os termos da Súmula 70 de nosso Tribunal de Justiça, deve ser recebida com reserva diante da assertiva do réu, de ter - sofrido violência no momento da diligência policial - e o que consta do exame pericial, restando demonstrado que as lesões apresentadas possuem nexos causal e temporal com as agressões sofridas e perpetradas pelos autores de sua prisão em flagrante, de forma a fragilizar a prova obtida durante a diligência policial e macular os demais elementos probatórios subsequentes e dela dependentes (Teoria do Fruto da Árvore Envenenada), impondo-se a sua absolvição em observância aos princípios constitucionais que regem a matéria e respeito ao Estado Democrático de Direito em não havendo de se tolerar a prática de tal conduta no atuar daqueles que tem a missão de proteger a sociedade**

¹⁸ Outros exemplos de decisões no mesmo sentido são as proferidas no bojo dos processos nº 0013402-13.2021.8.19.0066, 0079272-69.2022.8.19.0001 e 0072430-73.2022.8.19.0001.



e combater a criminalidade. Precedentes desta Corte de Justiça.

(TJRJ, Apelação Criminal 0026579-40.2020.8.19.0014, Rel. Des. DENISE VACCARI MACHADO PAES, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, por unanimidade, julgado em 05/07/2022, DJe 07/07/2022, grifo nosso.)

Relevante decisão monocrática do próprio TJRJ, abarcando a questão racial, entendeu que a Súmula 70 padece de inconstitucionalidade, em razão da violação, de plano, do princípio da dignidade humana, além do contraditório e da ampla defesa. Veja-se:

[...] DA INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 70 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO.

Inicialmente, importa salientar que não se desconhece a legislação processual civil, que determina, em seu artigo 926, que os Tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Todavia, **com todas as vênias aos desembargadores do Órgão Especial da época, eles não perceberam que estavam criando um monstro, que hoje serve apenas para massacrar os mais pobres, todos pretos.**

De fato, assim foi redigida a súmula 70:

“O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes, não desautoriza a condenação”.

Esta malfadada súmula foi criada de boa-fé, porém rapidamente os atores do Sistema Penal perceberam que ela poderia se converter num poderoso instrumento para a prisão de pretos e pobres, sem a necessidade de maiores dilações probatórias.

Sem dúvida que, em crimes cometidos à sorrelfa, a palavra do policial se reveste em maior relevância, assim como também ganha força a palavra da vítima.

Entretanto, **a exceção virou a regra, de modo que muitos policiais militares e civis, se utilizam deste verbete de súmula para, de modo arbitrário, prender a classe trabalhadora e pobre deste estado, sem maiores discussões.**

Veja-se o caso da “guerra às drogas”, totalmente inútil, em que o policial, apenas conta uma história, diz que o preso estava portando drogas para a mercancia e a partir daí, começa o sofrimento de muitos jovens rapazes negros e de suas respectivas famílias.

Nas varas criminais, palco principal do teatro kafikiano, não adianta que a família do réu arrole seus parentes e amigos para dizer que a prisão foi ilegal. Juízes sérios e competentes afirmam, então, que entre a palavra do réu e de sua família, preferem a presunção de legitimidade da palavra dos policiais. Pronto. Resolvido. Mais um jovem negro, de pouca instrução,



é condenado, normalmente com pequena quantidade de entorpecente.

Posteriormente, este jovem, massacrado pela seletividade do Sistema Penal, é inserido no ritual das penitenciárias, de modo que muitas vezes é obrigado a integrar alguma organização criminosa.

Ao final e ao cabo, este jovem já não é tão jovem e volta e ingressa de vez no tráfico, uma vez que nenhum empresário honesto e de conduta ilibada vai empregar um preto com ficha criminal.

Veja-se, na espécie, este caso emblemático que está em julgamento. Os policiais convenceram o paciente de que deveria concordar com a entrada deles, principalmente porque lá havia uma maritaca em aparentemente sofrendo maus-tratos? **Trata-se de um verdadeiro teatro de horror, voltado, quase sempre, para os jovens pobres e pretos, moradores da periferia ou de alguma comunidade.** Salvaram a maritaca e prenderam o homem, que hoje vale menos do que uma ave.

Nem Kafka, do alto de sua sabedoria, talento e sensibilidade, poderia imaginar que uma situação como esta seria capaz de acontecer.

De outro lado, **é preciso reconhecer, de plano, que esta súmula viola o Princípio da Dignidade Humana.**

O princípio da dignidade da pessoa humana deve ser entendido como um supraprincípio constitucional, pois ele serve de parâmetro para os demais princípios esculpidos na Constituição da República.

Este princípio precisa ser compreendido como garantidor das necessidades vitais de todo indivíduo, até porque é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal).

Assim, **não há como não reconhecer que o indivíduo que é condenado automaticamente, apenas com a palavra de policiais, sem maiores explicações, é vilipendiado de sua dignidade humana.**

Igualmente os princípios do contraditório e da ampla defesa são eliminados em decorrência desta súmula, porque não é possível falar em contraditório quando a palavra do réu, de sua família e de seus amigos é completamente elidida por um único policial. É totalmente esquizofrênico afirmar que um único funcionário das polícias possa prender e ser o responsável direto por uma condenação injusta, mesmo quando o acusado produz prova em sua defesa, que é sempre, ou quase sempre, desprezada pelo Ministério Público e pela própria Justiça.

Portanto, contraditório e ampla defesa são apenas simples palavras que não se aplicam, via de regra, para jovens pretos, moradores das favelas. É a súmula 70 e sua regularidade das palavras dos policiais a grande causadora disso tudo.

Por outro lado, é importante ressaltar como esta tenebrosa súmula cria e reproduz racismo.



Sobre o tema, devem ser assinaladas as palavras certas da filósofa DJAMILA RIBEIRO. *In verbis*:

“Entre 2007 e 2018, 553 mil pessoas foram assassinadas no Brasil. O total de mortos é maior do que da Síria, país que enfrenta há sete anos uma guerra civil e que, segundo estimativa da Organização das Nações Unidas (ONU), contabiliza 500 mil mortos. Portanto, não surpreende que o tema da segurança pública tenha ganhado tanta importância nas últimas eleições.

Mas é preciso lembrar que a vítima preferencial tem pele negra. O Atlas da Violência de 2018, realizado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, revelou que a população negra está mais exposta à violência no Brasil. Os negros representam 55,8% da população brasileira e são 71,5% das pessoas assassinadas. Entre 2006 e 2016, a taxa de homicídios de indivíduos não negros (brancos, amarelos e indígenas) diminuiu 6,8%, enquanto no mesmo período, a taxa de homicídios da população negra aumentou 23,1%. Segundo dados da Anistia Internacional, a cada vinte e três minutos um jovem negro é assassinado no Brasil, o que evidencia que está em curso o genocídio da população negra, sobretudo jovens...

...Na maior parte das vezes, o Judiciário é uma extensão da viatura policial: Não se exige uma investigação detalhada nem se admite o contraditório para quem é acusado da seletividade do sistema. No entanto, mesmo com tantos casos comprovados de abuso policial, que resultam em prisões descuidadas e injustas, a naturalização dessa violência levou o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro a ter como súmula - isto é, uma decisão que de tantas vezes proferida se torna um entendimento cristalizado - admitir como elemento suficiente para a condenação, apenas a palavra dos policiais que efetuaram a prisão.

A conhecida 70 reflete o entendimento comum a todos os Tribunais do país. Segundo um estudo da Defensoria Pública do Rio de Janeiro e da Secretaria Nacional de Políticas sobre drogas (SENAD), do Ministério da Justiça, entre março de 2016 e janeiro de 2018, os policiais foram as únicas testemunhas em 71,14% dos processos envolvendo tráfico. Não se trata aqui de dizer que nenhum policial é digno de crédito, porém um julgamento não pode se pautar única e exclusivamente pela palavra de quem prendeu, pois se corre o risco de tornar o policial juiz e carrasco do caso.

Historicamente, o Sistema Penal foi utilizado para promover um controle social, marginalizando grupos considerados ‘indesejados’ por quem podia definir o que é crime e quem é o criminoso [...].”

(TJRJ, HC 0023764-73.2024.8.19.0000, Rel. Des. ALCIDES DA FONSECA NETO, decisão monocrática, julgado em 05/04/2024, grifo nosso)



A decisão aborda, de forma incisiva e irretocável, a questão racial que vínhamos destacando, indo além do necessário afastamento da Súmula 70 em razão de tortura e maus-tratos, como nas decisões anteriormente colacionadas, para compreender toda a problemática do verbete em si, a forma automática com que é aplicada e o ciclo de retroalimentação de injustiças sociais e epistêmicas que gera.

Em assim sendo, é preciso contextualizar a temática no viés racial, inclusive entendendo que agentes de segurança também possuem comportamentos preconcebidos, eis que estão inseridos em uma sociedade que é, infelizmente, permeada pelo racismo estrutural. O descrédito nas palavras das pessoas investigadas ou acusadas, majoritariamente negras, leva à conclusão de estarmos vivenciando o que se pode denominar de discriminação indireta, a qual deve ser abolida de nossa sociedade. Basta lembrar as pesquisas conduzidas pelo Centro de Estudos de Segurança Pública (CESeC), que buscam entender a dinâmica das abordagens policiais.

Uma primeira pesquisa, realizada no ano de 2003, demonstrou que jovens do gênero masculino, de pouca renda, e negros, eram os mais abordados pela polícia. Em 2021, praticamente 20 anos depois, outra pesquisa foi feita, e não houve muitas mudanças¹⁹.

Lembramos, ainda, do relatório “Suspeita Fundada na Cor: seletividade racial nas condenações por tráfico com provas obtidas em entradas ilegais em domicílios no Brasil”²⁰, elaborado pelo Núcleo de Justiça Racial e Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, publicado em 2023. O documento apontou o relevo conferido aos testemunhos de policiais no processo criminal de tráfico de drogas. Verificou-se, ainda, a ausência de justificativa válida para a “fundada suspeita”, havendo uma grande fragilidade

¹⁹ RAMOS, Sílvia *et al.* Negro trauma: Racismo e Abordagem Policial no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: CESeC, 2022. Disponível em: https://cesecseguranca.com.br/wp-content/uploads/2022/02/CESEC_elemento-suspeito_final-3.pdf. Acesso em: 12 abr. 2024.

²⁰ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; AMPARO, Thiago. (coords). Suspeita fundada na cor: seletividade racial nas condenações por tráfico com provas obtidas em entradas ilegais em domicílios no Brasil. São Paulo: FGV. Núcleo de Justiça Racial e Direito, 2023. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/server/api/core/bitstreams/fa5261af-4dc1-4a5d-af9e-343190e27b2b/content>. Acesso em: 12 abr. 2024.



probatória, mas que ganha legitimidade diante da credibilidade conferida aos testemunhos dos policiais.

Desse modo, por razões raciais, evidenciamos que as pessoas negras estão inseridas em contexto de desvantagens, quando comparadas com pessoas brancas. Malgrado dita ocorrência, se amolda, a discriminação indireta, que deve ser banida de nossa sociedade, e merece cuidadoso olhar, quando temos o entendimento jurisprudencial que confere excessivo valor à palavra de agentes policiais, indicando uma ruptura ao sistema livre da valoração da prova²¹.

A Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância define discriminação como qualquer distinção, exclusão ou preferência, que pode ser baseada em diversos fatores:

Discriminação é qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, em qualquer área da vida pública ou privada, cujo propósito ou efeito seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes. A discriminação pode basear-se em nacionalidade, idade, sexo, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, idioma, religião, identidade cultural, opinião política ou de outra natureza, origem social, posição socioeconômica, nível educacional, condição de migrante, refugiado, repatriado, apátrida ou deslocado interno, deficiência, característica genética, estado de saúde física ou mental, inclusive infectocontagioso, e condição psíquica incapacitante, ou qualquer outra condição.

Adiante, a mesma Convenção indica a definição de discriminação indireta:

2. Discriminação racial indireta é aquela que ocorre, em qualquer esfera da vida pública ou privada, quando um dispositivo, prática ou critério aparentemente neutro tem a capacidade de acarretar uma desvantagem particular para pessoas pertencentes a um grupo específico, com base nas razões estabelecidas no Artigo 1.1, ou as coloca em

²¹ SAMPAIO, Denis. **A valoração da prova penal**: o problema do livre convencimento e a necessidade de fixação do método de constatação probatório como viável controle decisório. 1. ed. Florianópolis: Emais, 2022.



desvantagem, a menos que esse dispositivo, prática ou critério tenha um objetivo ou justificativa razoável e legítima à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Desse modo, é preciso invocar a Teoria do Impacto Desproporcional²², para o enfrentamento à discriminação indireta, pois ações que embora não sejam dotadas aparentemente de intenções discriminatórias em seu nascedouro, muitas vezes, diante da adoção de critérios aparentemente neutros, produzem e reproduzem violações de direitos. Portanto, invocamos o artigo 5º da Constituição Federal, e enalteçemos o princípio da igualdade, a fim de coibir esse exercício, sobretudo quando instrumentalizada através do direito penal e processual penal na prática. Em assim sendo, é preciso que se reconheça a seletividade penal, considerando o contexto punitivista que vivenciamos.

Reconhecemos que o Brasil passa por momento de grande discussão sobre as questões raciais. Mas, ainda, é preciso avançar para este Brasil onde a maior parte da população é formada por negros e negras. A questão racial permanece como marca problemática do nosso país, pois continuamos a viver episódios de racismo por toda a parte. A diferença é que, há algum tempo atrás, essas questões não eram reveladas, pois não se discutia efetivamente racismo e seus efeitos danosos. A mudança é urgente e necessária, sendo imperiosa a eliminação

²² Também chamada de teoria do impacto adverso pela doutrina canadense, a teoria do impacto desproporcional surgiu a partir do precedente norte-americano *Griggs vs. Duke Power Co.*, no qual a empresa Duke Power promovia um “teste de inteligência”, sem qualquer pertinência com os conhecimentos relacionados ao cargo em exercício, para selecionar quais de seus funcionários eram merecedores de ascender no quadro da empresa. Embora a medida adotada pela empresa aparentasse certo grau de neutralidade e idoneidade no processo seletivo de seus funcionários, o resultado desse teste de inteligência acabava por segregar os candidatos negros que, por questões históricas, possuíam um nível educacional de aprendizagem aquém dos outros candidatos. Assim, mediante a aplicação da teoria do impacto desproporcional (*disparate impact doctrine*), a Suprema Corte dos Estados Unidos da América entendeu que o teste de inteligência promovido pela empresa empregadora violava o princípio da igualdade, uma vez que, analisando a situação de forma concreta, o referido teste ocasionava um impacto desproporcional aos candidatos negros que postulavam ascender no quadro de funcionários do estabelecimento empregador. Texto da autoria do Promotor de Justiça do Estado do Paraná, Thimotie Aragon Heemann: Igualdade, Teoria do Impacto Desproporcional e Direitos Humanos: Uma Necessidade na Defesa de Grupos Vulneráveis. Revista Jurídica do Ministério Público. Procuradoria Geral de Justiça / Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – João Pessoa: MP/PGJPB, CEAf, ano 10, n.12. (jan./dez.2018-). Anual



dos instrumentos que reproduzem e alimentam o racismo, que é estrutural em nossa sociedade.

4. A REVOGAÇÃO DA SÚMULA 70 EM VIRTUDE DO ATUAL APARATO TECNOLÓGICO

Lado outro, é relevante trazer à baila a questão das inovações tecnológicas ocorridas desde a edição da Súmula 70 do TJRJ, que fazem com que o enunciado tenha se tornado ultrapassado, em verdadeiro *overruling*. Com efeito, a expansão e viabilidade científica-econômico-financeira-social do emprego de recursos audiovisuais para gravação de diligências policiais deve, necessariamente, gerar impactos no processo penal, em especial o *standard* probatório exigido para uma condenação criminal.

No bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635, conhecida como “ADPF das Favelas”, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada em 03/02/2022, entendeu pelo acolhimento parcial de embargos de declaração para, dentre outros, “determinar que o Estado do Rio de Janeiro, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, instale equipamentos de GPS e sistemas de gravação de áudio e vídeo nas viaturas policiais e nas fardas dos agentes de segurança, com o posterior armazenamento digital dos respectivos arquivos”.

Em 05/06/2023, tal decisão foi reafirmada pelo Ministro Edson Fachin, relator da mencionada ADPF, que manteve a determinação de “estabelecimento imediato de um cronograma para que todas (sem exceção alguma) as unidades policiais do Estado do Rio de Janeiro (com prioridade para que realizem operações em favelas) adotem as câmeras corporais”, devendo ser garantida a regular disponibilização das mídias ao Ministério Público e à Defensoria Pública.

Em 07/06/21, foi publicada no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro a Lei Estadual nº 9.298/2021, que promoveu modificações na Lei Estadual nº 5.588/2009, determinando a implantação de câmeras de vídeo e áudio em uniformes e viaturas policiais. Advieram, ainda, outras normativas estaduais sobre o tema, destacando-se o Decreto do Governador nº 48.394/2023



e a Resolução nº 2421/2022, sendo as câmeras gradativamente adquiridas e incorporadas à atividade policial em todo o Estado.

Diante de tal possibilidade tecnológica e efetiva implementação, inclusive por determinação da Corte Suprema brasileira, não há razão para que parâmetros probatórios fixados no ano de 2003 subsistam, sendo imperiosa a ocorrência de uma virada jurisprudencial, buscando estabelecer maior transparência e confiança em nosso sistema de justiça criminal.

Nesse ponto, é imprescindível destacar o voto do Ministro Ribeiro Dantas proferido no bojo do AREsp 1.936.393/RJ, interposto pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, do qual é relator:

Ao lermos a emocionante obra *To kill a mockingbird*, de HARPER LEE, sentimos toda a compaixão pelo pobre Tom Robinson, jovem negro acusado injustamente do estupro de uma moça branca em uma pequena cidade do estado do Alabama, na década de 1930 – no auge da segregação racial norte-americana e das leis de *Jim Crow*. [...]

Abro este voto, assim, com uma pergunta incômoda: como haverá a impiedosa lente da história de enxergar as práticas de nosso sistema judicial em julgamentos como o que agora apresento? Ocuparemos no *hall* da história jurídica um lugar honroso, ou nos reservará o futuro uma nota de rodapé junto aos ordálios do medievo? [...]

O risco de submeter aos horrores do cárcere alguém que não praticou ofensa penal alguma é uma angústia que deve aterrorizar o magistrado, impelindo-o a se cercar de todas as cautelas possíveis antes de decidir por impactar de forma irremediável a vida da pessoa que lhe é trazida para julgamento.

Afinal, se a simples existência de um procedimento investigativo penal já é suficiente para tirar a paz de qualquer pessoa, a condenação criminal é o meio (legítimo) mais intenso de que dispõe o Estado para atacá-la em seus bens jurídicos mais preciosos e arruinar a qualidade de sua existência sobre a Terra.

Sem espaço para ingenuidades ou eufemismos, sabemos que o ingresso de um indivíduo em um sistema penitenciário desumano, degradante e inconstitucional – e assim já declarado pelo STF – lhe retira não só a liberdade jurídica, mas muito provavelmente a integridade física, a saúde, alegria, os sonhos. Convivemos com esse peso pela infeliz imprescindibilidade da prisão, para a qual a Lei não encontrou ainda uma alternativa mais aceitável; *conviver*, todavia, não significa *esquecer* a gravidade de entregar alguém ao inferno terreno que é o cárcere brasileiro. [...]



De modo geral, este STJ tem mantido a validade de condenações embasadas apenas nas palavras dos agentes policiais responsáveis pela prisão do acusado em flagrante, ou, de modo mais amplo, no relato dos policiais sobre a infração que afirmam ter visto o réu praticar. [...]

Nas Cortes locais, adicionalmente, é comum vermos uma sequência de outros argumentos menos atrelados à literalidade do CPP, mas nem por isso menos frequentes. Juízes e Tribunais não raro afirmam que: (I) incidiria presunção relativa ou absoluta de veracidade do que é dito por policiais, enquanto agentes do Estado, razão pela qual incumbiria à defesa o ônus de comprovar sua falsidade; (II) não seria crível que agentes policiais incriminassem dolosamente o réu, inexistindo motivos para que assim agissem; (III) haveria contradição entre as posturas estatais de encarregar a polícia de reprimir a criminalidade para, judicialmente, desconsiderar os depoimentos de seus agentes; e (IV) a alegada mentira no depoimento do policial seria somente uma narrativa inventada pelo réu para tentar escapar da condenação.

Tais conclusões encontram-se estampadas na Súmula 70 do Tribunal que proferiu o acórdão impugnado, segundo a qual “o fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação”.

Por trás de todas essas visões, há uma *crença* subjacente de legitimidade da atuação policial, umbilicalmente atrelada a uma *descrença* na fala do acusado. Polícia e réu não partem, nessa concepção, de um estado epistêmico neutro, como seria adequado no processo civil, e muito menos de um estado de proteção do acusado, que seria o ideal no âmbito criminal. Na verdade, o testemunho policial dispara à frente do relato do réu no quesito da confiabilidade, a partir unicamente da condição pessoal de quem o proferiu, [...]

Segundo estudo publicado pelo Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV-USP, 2011), 74% das prisões pelo delito de tráfico de drogas no município de São Paulo/SP se fundamentam somente nas palavras dos policiais responsáveis pela diligência. Não há razão para crer que a conjuntura é diferente em outros locais do país, como demonstra nossa experiência diária de contato com os autos processuais. À semelhança do presente caso, as ações penais pelo crime de tráfico de drogas se instauram, grosso modo, a partir de busca pessoal ou domiciliar contra indivíduo “em atitude suspeita” ou a partir de “denúncia anônima”, ao que se segue a suposta localização e apreensão de quantidades diversas de drogas, dinheiro ou petrechos especializados para a venda de entorpecentes, acompanhada de uma “confissão informal” do preso.

Conforme apuração do DEPEN feita no período de julho a dezembro de 2021, a população carcerária brasileira total é de 670.714 presos, dos quais 219.398 (aproximadamente



32%) foram encarcerados por crimes tipificados na Lei 11.343/2006. Cruzando esses dados, é possível estimar que **em torno de 160.000 custodiados por nosso sistema carcerário foram condenados por tráfico de drogas e delitos correlatos a partir unicamente de depoimentos policiais, isso sem falar naqueles que cumprem penas extramuros.**

Mesmo sem outros dados objetivos aos quais possa recorrer, **não tenho dúvidas em afirmar que, por todo o país, são minoria os casos em que há um trabalho de inteligência e investigação policial por trás da denúncia. Por opção dos poderes Executivo e Legislativo, nossa política criminal de repressão ao tráfico de drogas tem se pautado, primordialmente, no instituto jurídico do flagrante, com o protagonismo da polícia militar e a chancela do poder Judiciário.**

A proposta que encaminho aos doutos pares caminha no sentido oposto, visando a impedir que a condenação por qualquer delito se estribe somente nos depoimentos prestados pelos agentes policiais encarregados de sua investigação e repressão. **Atento às inovações tecnológicas e às mais modernas compreensões doutrinárias nacionais e estrangeiras, bem como a dados objetivos e independentes que desenham um panorama desolador no Brasil, sugiro que se exija, como requisito para a condenação do réu, a corroboração dos depoimentos dos policiais por gravação em vídeo quanto aos fatos que afirmam ter testemunhado. [...]**

Penso, com isso, ser possível dar-se um enorme salto de qualidade na segurança das condenações judiciais – mormente, mas não só, pelos crimes de tráfico de drogas, furto, roubo e infrações à Lei 10.826/2003 –, evitando-se o drama jurídico e humano que é o encarceramento de uma pessoa inocente; além de viabilizar a concretização prática de direitos e garantias fundamentais que hoje não passam, nas palavras de Napoleão Bonaparte, de uma “muralha de papel”.

Este tem sido, aliás, uma espécie de *Zeitgeist* dos nossos colegiados nos últimos dois anos. Em diversos assuntos, a Quinta e a Sexta Turmas deste STJ impuseram controles mais nítidos à atividade policial, delimitando seus requisitos e os impactos probatórios por ela produzidos no processo penal de maneira objetiva, com a finalidade máxima de evitar a condenação de inocentes.

É nesse esforço que se enquadram, por exemplo, nossos recentes entendimentos sobre a interpretação do art. 226 do CPP (HC 598.886/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, DJe 18/12/2020); a impossibilidade de condenar o réu no tribunal do júri com base somente nos elementos produzidos no inquérito (REsp 1.916.733/MG, de minha relatoria, DJe de 29/11/2021); e a aplicação da teoria da perda da chance



probatória (AREsp 1.940.381/AL, também de minha relatoria, DJe de 16/12/2021).

Os argumentos jurídicos que orientaram tais precedentes contradizem, em grande medida, a possibilidade de condenação exclusivamente fundamentada nas palavras dos policiais. Dessarte, também pelo aspecto da coerência e integridade jurisprudenciais, elementos tão caros ao sistema de precedentes regido pelo art. 926 do CPC, creio ser necessária uma releitura da orientação hodiernamente dominante.

Com esse objetivo, no capítulo II do voto, examino o estado geral da brutalidade das polícias e as peculiaridades dos depoimentos de seus agentes à luz da presunção de não culpabilidade, assuntos que reputo indissociáveis; no tópico III, analiso o enquadramento de minha proposta nos sistemas de valoração da prova e *standards* probatórios, considerando seus mais recentes desenvolvimentos teóricos no *common law* e no direito europeu continental; na parte IV, discorro sobre o ganho de racionalidade probatória decorrente da implementação de sistemas de câmeras corporais; na breve seção V, resumo a nova orientação jurisprudencial que sugiro; no item VI, refuto possíveis objeções à proposta; encaminho no tópico VII a solução do caso concreto; e, ao final, apresento em separado as referências bibliográficas citadas no voto, as quais, por seu grande volume, prejudicariam a leitura se fossem inseridas no próprio texto, como faço ordinariamente. Para não deixar sem respostas as perguntas que formulei nesta introdução, **estou convicto de que, mantendo-se o atual entendimento jurisprudencial, o futuro há de olhar para as sentenças judiciais brasileiras (em delitos de tráfico, roubo, furto) neste começo de século como uma curiosa deformidade jurídica**, com o mesmo rigor que hoje censuramos a condenação de Tom Robinson. [...] (STJ, AREsp 1.936.393/RJ, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, voto do Relator, grifo nosso)

O paradigmático voto prossegue, abordando, dentre outros temas, a brutalidade policial, letalidade e tortura no Brasil; as dificuldades epistêmicas do testemunho policial; a presunção de não culpabilidade e a inversão do ônus da prova; os sistemas de valoração da prova, justificação racional e *standards* probatórios; e o uso de câmeras corporais (*body-worn cameras*) e automotivas (*dashboard cameras*), abordando a prova audiovisual enquanto meio racional de corroboração, bem como a teoria da perda da chance probatória.



Especificamente sobre o tema das câmeras corporais e veiculares, assim pontuou o relator:

Os ganhos de racionalidade probatória para o sistema processual, com a implementação desse sistema, são inimagináveis. A possibilidade de examinar as imagens e o áudio dos fatos narrados na denúncia, se não neutraliza, pelo menos diminui consideravelmente os vieses dos depoimentos de agentes policiais e os riscos de uma armação dolosa contra o réu, pelo uso de artifícios como o “kit flagrante” e similares. Com isso, o nível objetivo de corroboração necessário para a condenação é sobremaneira fortalecido.

Ademais, a existência de gravação da abordagem policial e da prisão resguarda os bons policiais, que certamente são a vasta maioria do corpo funcional da polícia, contra alegações infundadas de abuso formuladas por presos mal-intencionados. Assim, enquanto aumenta a segurança de uma eventual condenação e previne condenações injustas, a gravação atenua também os riscos jurídicos a que os bons policiais (especialmente os militares) estão submetidos, evitando que respondam a procedimentos disciplinares sem justa causa.

Para além desses ganhos práticos, a condenação que se funda não só na palavra dos policiais, mas também na gravação audiovisual dos fatos, resiste melhor ao controle de racionalidade probatória com os critérios propostos no tópico anterior.

Em primeiro lugar, porque surge um meio de corroboração independente da narrativa dos próprios policiais, já que, ressalvadas hipóteses de adulteração do vídeo – estas sim, mais passíveis de comprovação pela defesa –, a gravação não é produzida pessoalmente pelos próprios agentes. Esse acréscimo de corroboração é acentuado porque, além de sua independência, o meio de prova é distinto daquele primeiramente apresentado pelo Estado acusador (qual seja, a prova testemunhal). [...]

Pelo segundo critério, o da diferenciação, a evidência em vídeo aumenta as chances de que sejam confirmadas, exclusivamente, as predições da acusação, caso as imagens confirmem a narrativa da polícia; ou as da defesa, se o vídeo registrar um flagrante forjado. Com isso, mitiga-se a chance de que o mesmo elemento probatório se encaixe ao mesmo tempo nas duas narrativas e seja incapaz de diferenciar a maior probabilidade de uma ou outra, o que é a regra quando a condenação se fundamenta unicamente na palavra dos policiais.

Por fim, à luz do critério da falseabilidade, a hipótese acusatória torna-se refutável se o Ministério Público apresenta esse elemento probatório adicional, porque a defesa finalmente terá condições de examinar o material dos autos de maneira



mais efetiva e, a partir do que a gravação audiovisual lhe revelar, elaborar uma estratégia dialética ou investigativa que proteja a posição jurídica do réu, viabilizando o exercício de um contraditório real.

Essa aprovação no tríplice exame de racionalidade conduz à possibilidade de que o *standard* probatório da condenação seja atendido quando os testemunhos dos policiais estejam confirmados por vídeo. Haverá, aqui, uma corroboração coerente da hipótese acusatória pelos elementos probatórios disponíveis, ao mesmo tempo em que a tese defensiva de mentira por parte dos policiais ganha condições de ser rechaçada, caso improcedente. Não digo, é claro, que a condenação será necessária em todos os casos, mas apenas que há um incremento em racionalidade nessa condenação hipotética, quando comparada com as condenações como a destes aytis.

Ao final, o Ministro Ribeiro Dantas resume seu entendimento e formula sua proposta:

Proponho, em síntese, que a palavra do agente policial quanto aos fatos que afirma ter testemunhado o acusado praticar não é suficiente para a demonstração de nenhum elemento do crime em uma sentença condenatória. É necessária, para tanto, sua corroboração mediante a apresentação de gravação dos mesmos fatos em áudio e vídeo.

Por sua vez, não havendo a apresentação da filmagem, as provas materiais colhidas pelo policial quando testemunhou os fatos (como a droga, armas ou outros objetos apreendidos na prisão em flagrante) só podem ser utilizadas para fundamentar a condenação se sua vinculação ao réu for corroborada por prova independente da palavra do policial que as arrecadou.

Destaco, finalmente, que embora o presente processo verse sobre o crime de tráfico de drogas, a *ratio* aqui identificada tem aplicação indistinta a todos os delitos cuja comprovação repouse, somente, na palavra do policial e nos elementos de prova dela derivados (como vemos constantemente em ações penais por roubo, furto, porte ilegal de armas de fogo e outras infrações similares).

Em que pese a votação unânime pela absolvição do réu por insuficiência de provas, o brilhante voto, infelizmente, não foi acompanhado pelos demais Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça no que se refere à compreensão acerca da necessidade de corroboração audiovisual do testemunho policial. Trata-se, contudo, de contundente manifestação



sobre o tema, advinda de membro da Corte Superior, abrindo portas para o aprofundamento da discussão, surtindo necessário efeito contrário à permanência da Súmula 70.

5. CONCLUSÃO

As garantias fundamentais resultam no alicerce necessário para a edificação de qualquer decisão penal. A violação aos princípios da ampla defesa, contraditório e, principalmente, presunção de inocência, estipulam uma mácula direta à dignidade da pessoa humana. Por isso, garantir força constitucional a uma sentença condenatória é estabelecer um *standard* probatório mais elevado. Em linhas conclusivas, a permanência da Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro fere diretamente todos os ditames anteriormente citados, bem como a redução de modelos de constatação probatória no sistema de justiça criminal.

Da mesma forma, a superação da súmula 70 do TJRJ é um caminho para diminuir a incidência do viés racial na criminalização de pessoas, sem perder de mira a proteção da nossa sociedade, pois a segurança pública não poderia ser, jamais, inimiga da preservação da dignidade humana, bem como dos princípios de endereço constitucional.

Ainda, a questão perpassa pelo incentivo a trabalhos de investigação pela polícia, pelo controle da atividade policial pelo Ministério Público, pela utilização de câmeras corporais e em viaturas, legitimando e conferindo transparência ao atuar da polícia ostensiva.

Também é preciso que haja esforço de outros atores do sistema de justiça, para o fim de afastar as impactantes e predominantes taxas de efetivo carcerário e letalidade policial, envolvendo pessoas pobres e negras.

Para concluir, voltemos às palavras de Leonardo, que expõe a prática dos processos criminais, sobretudo em razão da incidência constante da Súmula 70 do TJRJ, cabendo à Defensoria Pública o reforço para assegurar que sejam respeitados todos os direitos e garantias fundamentais aos nossos cidadãos.



REFERÊNCIAS

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA 2023. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ano 17, 2023. Disponível em: <https://publicacoes.forumseguranca.org.br/items/6b3e3a-1b-3bd2-40f7-b280-7419c8eb3b39> . Acesso em: 12 abr. 2024.

CARINHANHA, Ana Míria dos S. C. “Get the niger” e o grito dos inocentes: a raça enquanto dispositivo de regulação jurídico-penal. *In*: FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro; PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. **Rebelião**. Brasília: Brado Negro: Nirema, 2020.

CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil. Sobre a relevância do depoimento policial no processo penal: a inadequação constitucional da Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: parecer. Rio de Janeiro: DPRJ. CEJUR, 2024.

HABER, Carolina Dzimidas (coord.). **Pesquisa sobre sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e Região Metropolitana do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, [20--]. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/23d53218e06a-49f7b6b814afbd3d9617.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2024.

HEEMAN, Thimotie Aragon: Igualdade, teoria do impacto desproporcional e direitos humanos: uma necessidade na defesa de grupos vulneráveis. **Revista Jurídica do Ministério Público**, João Pessoa, ano 10, n.12, p. 63-87, jan./dez. 2018.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Perfil do processado e produção de provas nas ações criminais por tráfico de drogas**: relatório analítico nacional dos tribunais estaduais de justiça comum. Brasília, DF: Ipea, 2023.



MACHADO, Marta Rodriguez de Assis.; AMPARO, Thiago. (coords). Suspeita fundada na cor: seletividade racial nas condenações por tráfico com provas obtidas em entradas ilegais em domicílios no Brasil. São Paulo: FGV. Núcleo de Justiça Racial e Direito, 2023. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/server/api/core/bitstreams/fa5261af-4dc1-4a5d-af9e-343190e27b2b/content>. Acesso em: 12 abr. 2024.

MENDES, Paulo de Sousa. A prova penal e as regras de experiência. *In*: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUZA, Susana Aires de, SEIÇA, Alberto Medina de (org.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2010. v.3.

NICOLITTI, André e BARILLI, Raphael. Standards de prova no Direito – debate sobre a súmula 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Boletim IBCCRIM**, ano 26, n. 302, jan. 2018.

RAMOS, Silvia *et al.* Negro trauma: Racismo e Abordagem Policial no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: CESeC, 2022. Disponível em: https://cesecseguranca.com.br/wp-content/uploads/2022/02/CESEC_elemento-suspeito_final-3.pdf. Acesso em: 12 abr. 2024.

SAMPAIO, Denis. **A valoração da prova penal**: o problema do livre convencimento e a necessidade de fixação do método de constatação probatório como viável controle decisório. 1. ed. Florianópolis: Emais, 2022.

THAMAN, Stephen C. Reanchoring evidence law to formal rules: a step toward protecting the innocent from conviction for capital crimes? *In*: AMICORUM, Liber *et al* (ed.). **Visions of Justice**. Berlin: Duncker & Humblot, 2016.



A ASSISTÊNCIA JURÍDICA DA DEFENSORIA PÚBLICA EM FAVOR DAS VÍTIMAS: DA FASE INQUISITORIAL ATÉ A CONSTITUIÇÃO DO TÍTULO EXECUTIVO PENAL

The public defender's office victim's legal assistance: from inquisitorial phase to sentencing phase

Diogo Esteves¹

Franklyn Roger Alves Silva²

Resumo: Há algum tempo a Defensoria Pública vem se tornando uma verdadeira agência de promoção de direitos humanos, ampliando seu leque de funções institucionais a partir das reformas constitucionais e legislativas. Outrora dedicada à assistência jurídica de viés defensivo, hoje a instituição se arvora no exercício de funções de índole acusatória, a exemplo do patrocínio da ação penal privada ou da representação da assistência de acusação. O propósito do presente estudo é trazer um breve panorama desse novo atuar institucional, ilustrando a forma de conduzir a atividade de representação e tutela de interesses das vítimas no processo penal.

Palavras-chave: assistência jurídica; defesa das vítimas; fase de investigação; processo penal.

Abstract: For some time now, the Public Defender's Office has become a true agency for promoting human rights, expanding its

¹ Doutor e Mestre em Sociologia e Direito pela UFF. Professor da FESUDEPERJ e Coordenador do Global Access to Justice Project. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: diogocoutoesteves@gmail.com.

² Doutor e Mestre em Direito Processual pela UERJ com período sanduíche na *Università degli studi di Pavia*. Professor da UCAM e da FESUDEPERJ. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: franklyn.roger@gmail.com.



range of institutional functions based on constitutional and legislative reforms. Once dedicated to legal assistance with a defensive bias, today the institution is dedicated to carrying out functions of an accusatory nature, such as sponsoring private criminal proceedings or representing prosecutorial assistance. The purpose of this study is to provide a brief overview of this new institutional profile, illustrating how to conduct the activity of representing and protecting the interests of victims in criminal proceedings

Keywords: legal aid; victim's defense; investigation procedures; criminal procedure law.

1. INTRODUÇÃO

O sistema processual penal brasileiro sofre um quadro de letargia legislativa e funcional. Quando se percebe um ambiente em que as próprias instituições programadas para a repressão e elucidação de fatos criminosos são aparelhadas para ocultar os vestígios das infrações penais, percebe-se a importância de não se permitir a concentração de atividades de esclarecimento de fatos criminosos nas mãos de uma única agência estatal.

O encargo atribuído à Defensoria Pública enquanto órgão estritamente relacionado à defesa de imputados hipossuficientes, se outrora representava o desenho esperado pela Constituição Federal em sua gênese, já não mais corresponde ao quadro dialético estabelecido pelo legislador contemporâneo e pelas variadas funções institucionais atribuídas na última década.

Nesse caminhar pelo procedimento penal, desde a apuração preliminar, até seu processamento em juízo, autores de viés defensivo sempre foram ferrenhos quanto à necessidade de se construir um roteiro penal permeado de garantias e, principalmente, interessado na busca mais fidedigna da realidade do fato criminoso.

Não por outra razão, o Supremo Tribunal Federal e o Conselho Nacional do Ministério Público permitiram que a função de investigação dos fatos não ficasse restrita à Polícia Judiciária, mas também fosse exercida pelo Ministério Público enquanto



titular da ação penal e principal destinatário das peças de informação produzidas na fase preliminar.

O que poderia ser considerado um avanço, na realidade vem representando uma estagnação, principalmente pelo alijamento da participação da vítima no processo penal, muitas das vezes ainda encarada como um objeto de apuração e não como atriz do sistema de justiça.

É aqui que a Defensoria Pública vem ocupando um espaço de representação. Desde sua transformação em agência de tutela de vulnerabilidades desde o início do século XXI, a Defensoria Pública tem caminhado a largos passos no escopo de atuação de defesa de interesses das vítimas.

Neste estudo, traçaremos um panorama histórico e funcional do perfil de atuação da Defensoria Pública em favor das vítimas e apresentaremos as formas de promoção da assistência jurídica integral e gratuita, a partir da leitura do ordenamento jurídico, reconfigurando a atuação polarizada da atuação no processo penal.

2. GÊNESE HISTÓRICA DA DEFENSORIA PÚBLICA NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Ao falarmos na perspectiva de atuação da Defensoria Pública e de seu papel de suporte às vítimas, somos obrigados a rememorar a gênese da instituição em nosso sistema jurídico, especialmente no Estado do Rio de Janeiro, onde a instituição saiu das entranhas do Ministério Público, passando a assumir identidade própria, fenômeno também identificado em outros Estados, como foi o caso da Defensoria Pública do Estado da Bahia.

Do ponto de vista histórico, no ano de 1948 foi instituída no município do Rio de Janeiro – então sede do Distrito Federal, por meio da Lei 216, a assistência judiciária gratuita aos carentes, em atendimento ao comando constitucional previsto no art. 141, § 35, da CF/1946, cabendo à carreira inicial do Ministério Público a prestação do atendimento judiciário em favor dos hipossuficientes.



Com a edição do Código do Ministério Público do Distrito Federal, em 20 de julho de 1958, foi previsto que o serviço de assistência judiciária no Distrito Federal e nos Territórios seria prestado pelo Ministério Público, o que significava organizar a carreira da instituição em diversos cargos, como os de Defensor Público, Promotor Substituto, Promotor Público, Curador e Procurador de Justiça.

Ao ingressar nos quadros da carreira do Ministério Público do Distrito Federal, a assistência judiciária seria prestada por ocupantes dos cargos iniciais da carreira, denominados Defensores Públicos, cuja atribuição era restrita à defesa dos acusados em ações penais, à proteção dos interesses das crianças e dos adolescentes e à assistência dos hipossuficientes econômicos no juízo cível.

Com a construção de Brasília e a transferência da capital para o novo Distrito Federal, o modelo existente restou preservado no recém-criado Estado da Guanabara até a sua extinção no ano de 1975, momento em que ocorre a fusão com o Estado do Rio de Janeiro.

Em similitude a esse modelo em que o Ministério Público exercia funções de acusação e defesa, é importante também indicarmos que no antigo Estado do Rio de Janeiro (antes da fusão com a Guanabara) foi desenvolvido modelo legislativo próprio de Assistência Judiciária.

Na Lei Estadual 2.188, de 21 de julho de 1954, havia a previsão de seis cargos isolados de Defensores Públicos, inseridos na estrutura administrativa da Procuradoria-Geral da Justiça, até que, com o advento da Lei 5.111, de 8 de dezembro de 1962, atribuiu-se aos integrantes do Ministério Público o patrocínio gratuito, nos feitos cíveis e criminais, dos juridicamente necessitados.

Assim, no antigo Estado do Rio de Janeiro havia a figura do “Quadro do Ministério Público”, que, à época, era dividido por duas letras: ‘A’ e ‘B’. A letra ‘A’ representava o Ministério Público tal como conhecemos hoje, com atribuição acusatória, enquanto que a letra ‘B’ correspondia à estrutura da Assistência Judiciária e ao exercício das funções defensivas.

Pode-se dizer que tanto no Distrito Federal (sucedido pelo Estado da Guanabara), quanto no antigo Estado do Rio de Janeiro, a atividade de assistência jurídica era desempenhada



por Defensores Públicos que ocupavam a carreira do Ministério Público, cada um com suas particularidades estruturais.

A superveniência da Constituição Estadual de 1967 acarretou a edição do Decreto-lei 286, de 23 de maio de 1970, que organizou a Assistência Judiciária no antigo Estado do Rio de Janeiro, caracterizando-a como verdadeiro órgão de Estado, com o propósito de prestar patrocínio jurídico aos hipossuficientes, e comandada pelo chefe do Ministério Público.

Essa nova carreira foi dividida em três categorias (1ª, 2ª e 3ª entrância), além de Defensores Públicos com função de Assessores, que atuavam junto à Procuradoria-Geral de Justiça. Aqueles que ocupavam cargos isolados anteriormente criados por lei passaram a integrar a carreira como ocupantes dos cargos de 3ª entrância.

Há aqui um verdadeiro marco institucional com a nova regulamentação, pois a assistência jurídica dos necessitados deixa de ser encargo do Ministério Público e se torna incumbência dos integrantes da nova Assistência Judiciária, órgão com existência distinta à do MP, mas igualmente subordinado ao Procurador-Geral da Justiça.

Essa estrutura orgânica sofreria nova adaptação em virtude da unificação dos Estados da Guanabara e do Rio de Janeiro, em 15 de março de 1975 (Lei Complementar 20/1974). Mas àquela época havia uma situação peculiar, pois, com a anexação da cidade do Rio de Janeiro ao restante do Estado, não era possível subsistirem duas espécies distintas de Defensores Públicos na mesma unidade federativa: a carreira autônoma junto à Assistência Judiciária (modelo recém-implementado pelo antigo Estado do Rio de Janeiro) e a carreira vinculada aos quadros do Ministério Público (modelo vigente no Estado da Guanabara).

O problema foi solucionado com o Decreto-lei 11, editado em 1975, que organizou o Ministério Público e a Assistência Judiciária no novo Estado do Rio de Janeiro, tendo o legislador estadual realizado a expressa opção pelo modelo de assistência judiciária adotado pelo antigo Estado do Rio de Janeiro.

Já na sequência, restou editada a Lei Complementar 6/1977, dispondo sobre a organização da Assistência Judiciária e estabelecendo o regime jurídico de seus membros, lei que



permanece em vigor até hoje para a disciplina da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e que serviu de modelo para a edição da disciplina nacional da Defensoria Pública e como parâmetro para as leis de diversas Defensorias Públicas estaduais.

A passagem histórica da Defensoria Pública pela estrutura do Ministério Público pode indiciar uma aptidão institucional a defender o interesse de vítimas e de acusados em verdadeira dialética processual.

O rol de funções institucionais do artigo 4º da LC nº 80/94 é muito claro quanto à extensão de sua atuação, admitindo que a Defensoria Pública, em razão da sua impessoalidade, exerça suas funções institucionais mesmo quando partes contrárias estejam por ela patrocinadas.

Esse é o chamado caráter dialético da Defensoria Pública, estampado no artigo 4º-A, V, da LC nº 80/94, quando determina que partes com interesses antagônicos tenham assegurado o direito a membros distintos no exercício das funções institucionais. A partir dessas premissas, veremos que a instituição pode exercer uma série de funções institucionais em prol da vítima, sem prejuízo da defesa técnica dos imputados.

3. A ATIVIDADE INVESTIGATIVA EM FAVOR DE VÍTIMAS

A investigação criminal não se restringe apenas aos crimes cuja legitimidade da ação penal pertença ao Ministério Público. Quando partimos para o campo do direito de ação, nota-se que o processo penal brasileiro trabalha com dois grandes blocos de legitimidade para agir. De um lado, a regra geral reflete o exercício da ação penal de iniciativa pública, com titularidade privativa do Ministério Público (art. 129, I, da CRFB e art. 24 do CPP).

No entanto, há que se observar, dentro da perspectiva da ação penal pública, que tanto o Código Penal quanto o Código de Processo Penal reconhecem um rol de crimes que, a despeito de serem processados por meio de ação iniciada pelo Ministério Público, dependem de prévia manifestação do ofendido (representação) ou do Ministro da Justiça (requisição).



Em outro plano do direito de ação, também há o reconhecimento da legitimação conferida ao particular – *rectius* ofendido – para iniciar e dar continuidade à ação penal de caráter nas infrações penais de menor gravidade (art. 30 do CPP), sem que isso desnature o caráter público subjetivo do direito de ação.

Se é verdade que o sistema processual atribuiu a exclusividade da ação penal pública ao Ministério Público, também o é a real preocupação do legislador em estabelecer mecanismos de controle aos poderes concentrados nas mãos do órgão ministerial.

A ação penal de iniciativa privada tem origem preponderantemente política, já que o Estado transfere ao particular a legitimidade extraordinária, em verdadeira substituição processual, por considerar que as consequências da instauração da ação penal são tão ou até mais gravosas do que o próprio resultado do ato delituoso.

Uma vez conferida a legitimidade ao particular, os demais elementos da demanda e as próprias condições para o regular exercício do direito de ação permanecem inalterados, o que significa dizer que a queixa-crime também depende do suporte mínimo, a chamada justa causa.

Dessa forma, há necessidade de se desenvolver investigação criminal em prol da vítima de crime de ação penal privada para que ela tenha aptidão para propor sua demanda. O grande ponto de dúvida é compreender quais tipos de investigação criminal poderão ser desenvolvidos em crimes dessa natureza.

Os órgãos de Polícia Judiciária possuem o encargo de instaurar inquérito policial (art. 5º, § 5º, do CPP) ou termo circunstanciado (art. 66 da Lei n. 9.099/1995) para apurar fatos dessa natureza. E só! Não há nenhum outro instrumento de investigação para a tutela de interesses do querelante.

Pensamos que, apesar de não ser o legitimado para ação penal privada, o Ministério Público poderia também fornecer suporte investigativo para infrações dessa iniciativa (queixa-crime), considerando ser ele encarregado pelo controle externo da atividade policial e órgão interveniente nas ações penais privadas (art. 45 do CPP), sempre que o querelante encontrasse obstáculo na busca de fontes de prova para o exercício de sua pretensão.



Esta, no entanto, não é a opção eleita pelo Ministério Público, como se observa do artigo 1º da Resolução CNMP n. 181/2017, quando é estabelecido que a atividade de investigação direta é realizada apenas em relação aos crimes de ação penal pública.

A concentração exclusiva da apuração de delitos de ação penal privada nas mãos dos órgãos de Polícia Judiciária não é a melhor opção. É inegável que a ação penal privada é alvo de muitas críticas, dentre as quais a da sua própria utilidade ao sistema jurídico. Ocorre que há um ponto crucial da ação penal privada que não é verificado com a mesma intensidade em crimes de ação penal pública.

É o prazo decadencial de 6 (seis) meses e seu prejuízo à necessária justa causa para a deflagração da ação penal. Raras são as vezes em que uma queixa-crime atende aos requisitos formais previstos no Código de Processo Penal e ainda está escorada nos elementos mínimos de materialidade e autoria, necessários à admissão da imputação.

No plano das necessidades e possibilidade, é pouco provável que o órgão de polícia judiciária priorize a investigação de infrações penais de iniciativa privada (crimes de menor complexidade) em detrimento dos inquéritos policiais relativos a crimes de maior gravidade.

Se a qualidade de titular da ação penal (teoria dos poderes implícitos) é fator justificante ao exercício da investigação criminal pelo Ministério Público, pensamos que o querelante, por meio de advogado ou da própria Defensoria Pública (art. 4º, XV, da LC n. 80/1994), possa também realizar investigação criminal para colher elementos de prova que embasem a sua pretensão, inclusive nos crimes cuja titularidade da ação penal pertença ao Ministério Público, atuando enquanto assistente de acusação.

O advogado ou o Defensor Público poderiam exercer uma investigação de viés acusatório, tal como ocorrerá também no caso em que o assistente de acusação, por meio de advogado ou membro da Defensoria Pública, realize diligências de identificação de fontes de prova.

Seria aqui uma investigação na defesa de interesses da vítima, fortalecendo o seu papel na relação processual e evitando a impunidade em crimes de menor complexidade pela



impossibilidade de coleta de elementos de formação do convencimento, uma forma de empoderamento na relação processual, lhe conferindo maior protagonismo na apuração do delito.

Se o advogado ou a Defensoria Pública possuírem estrutura para realizar atos de investigação, especialmente aqueles que serão propostos nesta tese, de igual modo poderão ser empregados em prol da vítima, seja para oferecimento da queixa-crime, seja para sua futura habilitação como assistente de acusação, inclusive com o suporte de investigador particular nos termos da Lei n. 13.432/2017.

Para tanto, não se pode esquecer que o Provimento n. 188/2018 do Conselho Federal da OAB já regulamenta o exercício da investigação defensiva no âmbito da advocacia, o que abrange o interesse das vítimas, a partir da interpretação de seu art. 1º.

Ao mesmo tempo, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, por meio da Resolução n. 1.179/2022, instalou seu Núcleo de Investigação Defensiva e conferiu, nos termos do art. 8º, aptidão investigativa a todos os órgãos da instituição, o que amplia o escopo de atuação também em favor das vítimas.

É certo que nos casos de deficiência de recursos, poderá a vítima requerer ao Ministério Público e à polícia judiciária que forneçam suporte na identificação dessas fontes de provas. A contribuição da investigação de defesa de interesses da vítima dará suporte ao trabalho da Polícia Judiciária e, ao mesmo tempo, nos crimes de menor gravidade, permitirá que a vítima possa fazer uma avaliação mais acertada quanto ao seu exercício do direito de queixa ou de representação.

Poder-se-ia pensar ser despicienda a necessidade de participação investigativa da vítima, mas é importante registrar que a autoridade policial tem discricionariedade para avaliar a pertinência ou não dos seus anseios na elucidação do fato delituoso, como se observa do artigo 5º, § 2º, do CPP, quando prevê recurso administrativo contra a decisão de indeferimento do requerimento de abertura do inquérito policial.

Já há algum tempo a Corte Interamericana de Direitos Humanos vem pontuando que a vítima deve ter voz ativa e participar de todas as fases processuais, incluindo-se o momento de realização de investigações, à luz do artigo 25, item 1 da



Convenção (Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.).

No caso *Favela Nova Brasília vs. Brasil*, a Corte Interamericana determinou medida de cunho reparatório, sob o viés de modificação legislativa para que: *“329. No que concerne à criação de um mecanismo de participação de vítimas e organizações da sociedade civil em investigações de crimes decorrentes de violência policial, a Corte toma nota de que o Estado dispõe de normas que garantem a participação de um assistente de acusação em ações penais públicas. Sem prejuízo do exposto, não oferece nenhum marco legislativo que garanta a participação das partes na fase de investigação pela polícia ou pelo Ministério Público. Levando isso em conta e em atenção à sua jurisprudência sobre a participação das vítimas em todas as fases de investigação e do processo penal, a Corte determina que o Estado adote as medidas legislativas, ou de outra natureza, necessárias para permitir que as vítimas de delitos ou seus familiares participem de maneira formal e efetiva da investigação criminal realizada pela polícia ou pelo Ministério Público, sem prejuízo da necessidade de reserva legal ou confidencialidade desses procedimentos”*.

De igual maneira, através de atuação da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RMS 70411, o caso envolvendo a apuração da morte da Vereadora Marielle Franco e Anderson Gomes, assegurou aos representantes das vítimas o direito de acompanhar o andamento das investigações, reforçando, mais uma vez, a necessidade de maior participação e acesso às vítimas às fases preliminares do procedimento penal.

Nota-se, então, um verdadeiro realinhamento da interpretação do papel da vítima na fase investigatória, seja participando do inquérito policial, seja capacitada a ela própria realizar diligências para busca de fontes de prova, o que poderá ocorrer por meio da atuação da Defensoria Pública para a atuação



como assistente ou como titular da pretensão penal, na condição de legitimada extraordinária.

4. ATIVIDADE EM FAVOR DAS VÍTIMAS PARA PRESERVAÇÃO E REPARAÇÃO DE DIREITOS

Dentre os diversos escopos de atuação, segundo estabelece o artigo 4º, XVIII, da LC nº 80/1994, constitui função institucional da Defensoria Pública “*atuar na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas*”.

A intenção primordial do dispositivo é garantir o amparo jurídico das vítimas, visando preservar as liberdades públicas e democráticas, controlar e afastar os atos de barbárie e possibilitar a identificação dos torturadores³.

Como muito bem observam Adriana Fagundes Burguer e Christine Balbinot, “essa atividade assume importância, primeiro, porque recupera a confiança do cidadão no ordenamento jurídico, apagando a sensação de impunidade e inoperância do Estado para com a satisfação das suas necessidades. E mais, promove a paz social na medida em que os assistidos passam a confiar em que o Estado pode operar em seu favor (e não apenas contra eles), afastando a necessidade da vingança privada”⁴.

Como o dispositivo não cogita da necessidade de aferição da condição econômica da vítima, a atuação da Defensoria Pública

³ Segundo Sérgio Luís de Holanda Soares Araújo, “a vítima, após sofrer ataques e violações à sua integridade física e psíquica ou ataques a outros direitos e bens que lhe são caros, se vê exposta e insegura, possivelmente com necessidade de amparo e de assistência médica, psicológica, social e jurídica, haja visto encontrar-se em situação de vulnerabilidade ainda não vivenciada”. Justamente por isso, “diante do cenário de vulneração ocasionado pela criminalidade, cabe à Defensoria Pública se fazer presente também para prestar assistência às suas vítimas”. (ARAÚJO, Sérgio Luís de Holanda Soares. **A Vítima da Criminalidade e Abuso de Poder e a Missão Constitucional da Defensoria Pública**. São Paulo – Rio de Janeiro: Livre Expressão, 2015, p. 159/183.)

⁴ BURGUER, Adriana Fagundes; BALBINOT, Christine. A Nova Dimensão da Defensoria Pública a partir das Alterações Introduzidas pela Lei Complementar nº 132 na Lei Complementar nº 80/1994. In: SOUSA, José Augusto Garcia de. **Uma Nova Defensoria Pública pede Passagem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 07.



na preservação e reparação dos direitos violados pela prática de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência deve ser considerada função institucional eminentemente atípica⁵. Na hipótese, a atuação da Defensoria Pública é desencadeada pela vulnerabilidade decorrente da vitimização, seguindo os ditames das 100 Regras de Brasília (Regras n. 10 e n. 11)⁶.

Além disso, a atuação da Defensoria Pública na efetiva concretização da proteção jurídica contra a violação dos direitos das vítimas materializa previsão constante na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. VII e VIII)⁷, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 2º, 3)⁸, na Carta da Organização dos Estados Americanos (art. 45, i)⁹, na Convenção Americana sobre

⁵ Nesse sentido: OLIVEIRA, Rogério Nunes de. A Valorização Institucional da Defensoria Pública com o Advento da Lei Complementar nº 132/2009. In: SOUSA, José Augusto Garcia de. **Uma Nova Defensoria Pública pede Passagem**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 197.

⁶ 100 Regras de Brasília. Regra nº 10: "Para efeitos das presentes Regras, considera-se *vítima* toda a pessoa física que tenha sofrido um dano ocasionado por uma infração penal, incluída tanto a lesão física ou psíquica, como o sofrimento moral e o prejuízo econômico. O termo vítima também poderá incluir, se for o caso, a família imediata ou as pessoas que estão a cargo da vítima direta." Regra nº 11: "Considera-se *em condição de vulnerabilidade* aquela vítima do delito que tenha uma relevante limitação para evitar ou mitigar os danos e prejuízos derivados da infração penal ou do seu contato com o sistema de justiça, ou para enfrentar os riscos de sofrer uma nova vitimização. A vulnerabilidade pode proceder das suas próprias características pessoais ou das circunstâncias da infração penal. Destacam para estes efeitos, entre outras vítimas, as pessoas menores de idade, as vítimas de violência doméstica ou intrafamiliar, as vítimas de delitos sexuais, os adultos maiores, assim como os familiares de vítimas de morte violenta."

⁷ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Artigo VII. "Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação." Artigo VIII. "Toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei."

⁸ Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Artigo 2º. "3. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a: a) Garantir que toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente Pacto tenham sido violados, possa dispor de um recurso efetivo, mesmo que a violência tenha sido perpetrada por pessoas que agiam no exercício de funções oficiais; b) Garantir que toda pessoa que interpuser tal recurso terá seu direito determinado pela competente autoridade judicial, administrativa ou legislativa ou por qualquer outra autoridade competente prevista no ordenamento jurídico do Estado em questão; e a desenvolver as possibilidades de recurso judicial."

⁹ Carta da Organização dos Estados Americanos. "Artigo 45. Os Estados membros, convencidos de que o Homem somente pode alcançar a plena realização de suas aspirações dentro de uma ordem social justa, acompanhada de desenvolvimento econômico e de verdadeira paz, convêm em envidar os seus maiores esforços na aplicação dos seguintes princípios e mecanismos: (...) i) Disposições adequadas a fim de que todas as pessoas tenham a devida assistência legal para fazer valer seus direitos."

Direitos Humanos (art. 25)¹⁰ e nos Princípios e Diretrizes da ONU Sobre Acesso à Assistência Legal nos Sistema de Justiça Criminal (Princípio 4)¹¹.

Outrossim, no que tange especificamente à atuação na proteção dos direitos da mulher vítima de violência doméstica, a atuação da Defensoria Pública concretiza a proteção jurídica conferida pela Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (arts. 4 e 6)¹².

A esse respeito, interessante é a proposta de Helena Morgado¹³, por meio da criação da figura do defensor da vítima:

Sugere-se, também, a criação da figura da “Defensoria da Vítima” – não apenas nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, cuja figura da “assistência qualificada” encontra previsão específica nos arts. 27 e 28 da Lei nº 11.340/2006, como dito alhures, mas em todos os processos criminais com vítimas individualizadas –, com o intuito de garantir que os direitos do ofendido, que muitas vezes colidem com a pretensão acusatória, sejam observados. A base normativa a amparar essa atuação institucional atípica encontra-se descrita no art. 4º, XVIII da LC nº 80/94, conforme explicitado no terceiro capítulo deste trabalho.
[...]

¹⁰ Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Artigo 25. “1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. 2. Os Estados Partes comprometem-se: (...) b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial.”

¹¹ Princípios e Diretrizes da ONU Sobre Acesso à Assistência Legal no Sistema de Justiça Criminal: “24. *Sin perjuicio ni contradicción de los derechos del acusado, los Estados deben, cuando sea el caso, prestar asistencia judicial a las víctimas de delitos.*”

¹² Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. “Artigo 4. Toda mulher tem direito ao reconhecimento, desfrute, exercício e proteção de todos os direitos humanos e liberdades consagrados em todos os instrumentos regionais e internacionais relativos aos direitos humanos. Estes direitos abrangem, entre outros: (...) g) direito a acesso simples e rápido perante tribunal competente que a proteja contra atos que violem seus direitos. (...) Artigo 6. O direito de toda mulher a ser livre de violência abrange, entre outros: (...) f) estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso a tais processos; g) estabelecer mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher sujeitada a violência tenha efetivo acesso a restituição, reparação do dano e outros meios de compensação justos e eficazes.”

¹³ MORGADO, Helena. Afasta de mim esse cálice: sobre a necessidade de conferir protagonismo ao ofendido no processo penal. **Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro**. p. 338-352, n. 32. 2002. p. 347-348.



O “Defensor da Vítima” teria como principal função prestar atendimento integrado ao ofendido, garantindo o acesso efetivo à justiça e à informação adequada e evitando a revitimização do usuário dos serviços da Defensoria Pública no curso do processo judicial. Incumbiria a este órgão, em suma, zelar para que a vítima fosse tratada como sujeito de direitos, e não como simples objeto sobre o qual recai a intervenção estatal.

A proposta da autora reveste-se de bastante pertinência, na medida em que o processo penal é um local hostil à vítima, ainda tratada como um mero objeto de apuração. Diante de um quadro de inércia do Ministério Público na humanização do tratamento da vítima, outra alternativa não resta senão a atribuição de outro ator processual para travar o elo de comunicação e participação da vítima no processo.

5. A ATUAÇÃO NAS AÇÕES PENAIS PRIVADAS

O ordenamento jurídico contempla duas modalidades de ação penal manejadas pelo ofendido ou seu representante legal, inobstante fortes críticas doutrinárias, em especial no tocante às ações penais privadas. Doutrinariamente, as ações penais são subdivididas em: (i) públicas; e (ii) privadas.

As ações penais de natureza pública são classificadas como: (a) incondicionadas; (b) condicionadas à representação; e (c) condicionadas à requisição do Ministro da Justiça.

No tocante às ações penais privadas, podem ser elas classificadas em: (a) ações penais privadas propriamente ditas; (b) ações penais privadas personalíssimas; e (c) ações penais privadas subsidiárias da pública – esta última classificação com sede constitucional (art. 5º, LIX da CRFB).

A grande crítica dirigida às ações penais privadas refere-se ao fato de que a apuração da infração penal é de interesse do Estado e não apenas do ofendido. Nesse contexto, a legitimação exclusiva na ação penal privada, em razão do *streptitus iudicii*, pode acarretar a impunidade do agente em razão da adoção dos princípios da oportunidade e disponibilidade, que conferem ao próprio



ofendido o juízo de valor acerca da instauração e prosseguimento da ação penal.

Esse patrocínio da ação penal privada é uma função institucional prevista no artigo 4º, XVI da LC n. 80/94. O artigo 32 do CPP estabelece que na ação penal privada é possível a nomeação de advogado para promover a queixa-crime. Apesar de a referida norma não condizer com a proposta estabelecida pela Constituição Federal, que confere à Defensoria Pública o dever de prestar assistência jurídica aos hipossuficientes, depreende-se que o CPP não reconhece a pretensão deduzida na ação penal privada como um direito indisponível, tal como ocorre no exercício da defesa. Isso nos leva a crer que atuação da Defensoria Pública no patrocínio da ação penal privada constitui uma função de natureza tendencialmente individualista ou classicamente típica, o que restringiria a atuação da Defensoria Pública apenas aos necessitados.

No entanto, quando o exercício da ação penal privada estiver relacionado à tutela de um segmento social vulnerável, a exemplo das mulheres vítimas de violência doméstica, o paradigma passa a ser outro, alterando-se a natureza da função institucional. Isso ocorre porque o desempenho da ação penal privada perde o seu caráter de função institucional e passa a se qualificar como instrumento necessário para o desempenho de uma outra função institucional, de natureza solidarista ou classicamente atípica, relacionada à defesa dos direitos de segmento vulnerável (art. 4º, XI, da LC nº 80/1994).

Além, portanto, da possibilidade de conduzir atos de investigação, a Defensoria Pública também tem como função a condução da ação penal privada, através da representação processual do ofendido.

6. A ASSISTÊNCIA DE ACUSAÇÃO PREVISTA NO ART. 268 DO CPP

Sabe-se que o Código de Processo Penal reconhece a intervenção da vítima através da assistência de acusação na fase processual, com fundamento no artigo 268 do CPP. Os poderes do assistente de acusação, assim compreendido como a vítima, seus



representantes legais e sucessores (art. 31 do CPP), são aqueles previstos no artigo 271 do CPP, lhe sendo lícito requerer a produção de provas, participar da instrução processual, interpor recursos, dentre outros.

Além da atuação como assistente de acusação, o sistema jurídico processual penal brasileiro alberga hipótese em que a vítima exerce maior protagonismo na persecução penal, através da legitimação extraordinária para a deflagração da imputação por meio da ação penal privada (art. 30 do CPP). Em menor extensão, confere-se à vítima o poder para decidir a respeito da apuração da infração penal e deflagração da ação penal, por meio do direito de representação veiculado no artigo 39 do CPP.

A Lei Complementar n. 80/94 não menciona expressamente a figura do assistente de acusação como uma função institucional da Defensoria Pública. Entretanto, a partir de uma interpretação sistemática do artigo 4º, incisos I, XI e XV, podemos concluir que essa atuação está contida no leque de atribuições conferidas aos membros da instituição.

Com esse propósito, a Defensoria Pública pode ser acionada por vítimas ou seus representantes para não só promover a habilitação processual prevista no artigo 268 do CPP, mas também para contribuir na fase de investigação, tal como proposto em tópico antecedente.

7. A ASSISTÊNCIA QUALIFICADA EM FAVOR DA MULHER, DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE VÍTIMA – O MICROPROCEDIMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

A lei de violência doméstica e familiar contra a mulher foi um importante marco para a contribuição da redução de um elevado quadro de violência, até então pouco reprimido pelo estado brasileiro e que lhe custou uma condenação no sistema interamericano, através do caso Maria da Penha.

Desde então, o legislador, com acertos e erros, vem aprimorando o procedimento dedicado à apuração dos crimes



envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher. A desvinculação processual das medidas protetivas (art. 19, §§5º e 6º); o afastamento de formalismos; e o direito à assistência jurídica (arts. 27 e 28), dentre outras medidas, foram importantes instrumentos previstos na Lei n. 11.340/2006.

A preocupação do legislador com a condição de vulnerabilidade é tamanha, que confere à vítima a capacidade postulatória para requerer o deferimento de medidas protetivas de urgência (art. 27, parte final c/c art. 19), além de, mais recentemente, conceder à autoridade policial (Delegado de Polícia) a capacidade para deferir as medidas protetivas (Lei n. 13.827/2019).

Inclusive, outro segmento vulnerável muito suscetível ao quadro de violência doméstica e familiar foi também merecedor de uma proteção adequada: as crianças e adolescentes. Com o advento da Lei n. 14.344/2022, criou-se um quadro protetivo semelhante ao que já existia em favor das mulheres vítimas de violência, com um diálogo entre as duas normas.

Com essa expansão de atuação pautada nos critérios de gênero e etário, criou-se um novo paradigma de atuação da Defensoria Pública: a assistência humanizada em favor desses dois segmentos vulneráveis, as vítimas de infrações penais no seio doméstico e familiar.

Durante algum tempo, associou-se essa atuação à figura do assistente de acusação, prevista no artigo 268 do CPP, exigindo-se todo o rigor formal previsto no CPP. No entanto, essa é uma perspectiva equivocada e que não reconhece o que denominaremos microprocedimento da tutela da violência doméstica e familiar estabelecido nas Leis n. 11.340/2006 e 14.344/2022.

Enquanto a atuação do assistente de acusação depende de autorização judicial (arts. 269 e 273 do CPP), sendo necessária a manifestação prévia do Ministério Público (art. 272 do CPP), é importante reconhecer que o microprocedimento da tutela da violência doméstica e familiar afasta esse rigor formal, abrindo as portas às vítimas e lhes assegurando a pronta representação processual, permitindo uma outra forma de atuação, a por nós já denominada assistência qualificada.

Essa forma de assistência é inserida nas funções institucionais da Defensoria Pública, sempre que caracterizada a



vulnerabilidade da vítima, cuja leitura pode ser feita a partir dos parâmetros das 100 Regras de Brasília.

Apesar de termos farta produção em relação à assistência de acusação, poucas linhas foram produzidas a respeito da disciplina normativa da vítima na Lei Maria da Penha.

O diploma legal assegura a todas as mulheres em situação de violência doméstica e familiar o acompanhamento por advogado em todos os atos do processo, sejam de natureza cível ou criminal (art. 27). Esse mesmo direito é também assegurado às crianças e adolescentes vítimas de violência doméstica, nos termos dos artigos 15, II e 33 da Lei n. 14.344/2022.

A Lei Maria da Penha, ao trazer os artigos. 27 e 28, proporciona uma flexibilização das formalidades do art. 268 do CPP, ao assegurar a figura da assistência qualificada e da posição processual da vítima, em razão de sua vulnerabilidade.

Como parte da tendência moderna de implementação de ações afirmativas e de defesa dos grupos vulneráveis, o art. 4º, XI da LC nº 80/1994 prevê como função institucional da Defensoria Pública “exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado”.

O dispositivo reflete a preocupação constitucional de garantir a especial tutela das pessoas naturalmente frágeis, como as portadoras de deficiência (art. 37, VIII), as mulheres (art. 226), as crianças e os adolescentes (art. 227), os idosos (art. 230) e outros grupos sociais vulneráveis.

É por essa razão que também é assegurado à mulher vítima de violência doméstica e familiar o acesso aos serviços de Defensoria Pública, em sede policial e judicial, mediante atendimento específico e humanizado (art. 28).

Com isso, objetiva o legislador, em cumprimento ao artigo 226, § 8º, da CRFB, conferir ampla proteção à família, coibindo a violência doméstica e familiar, através do rol de institutos processuais, a exemplo das medidas protetivas de urgência, bem como pelo tratamento psicossocial prestado pela equipe multidisciplinar.



O Protocolo de Minnesota sobre a investigação de mortes potencialmente ilícitas, extraído do Manual da Organização das Nações Unidas sobre a Prevenção e Investigação eficazes nas execuções ilegais, arbitrárias ou sumárias estabelece uma série de garantias às vítimas, dentre elas o direito de acompanhar o desenvolvimento das investigações, a possibilidade de sugerir medidas e indicar argumentos sobre os pontos de avanço das apurações.

Por possuírem todas as pessoas idêntico valor intrínseco, deve ser assegurado a todos igualdade de respeito e consideração, independente de raça, cor, sexo, religião ou condição social, funcionando a Defensoria Pública como instrumento de superação da intolerância, da discriminação, da violência, da exclusão social e da incapacidade geral de aceitar o diferente.

Notem que enquanto a assistência de acusação depende de autorização judicial, o mesmo não pode ser dito em relação ao que preferimos chamar de “assistência qualificada”, em que a mulher tem o direito de estar acompanhada por profissional habilitado a orientá-la e assegurar a tutela de seus interesses (advogado ou membro da Defensoria Pública).

Se ao imputado deve ser assegurada a defesa técnica, em igual condição as vítimas de violência doméstica devem ter garantida para si a denominada assistência qualificada. Essa forma de atuação representa não só a participação nos atos processuais, mas também a legitimação para formulação de requerimentos além de sua própria legitimidade recursal, nos termos da teoria geral estabelecida pelo código, sob o risco de transformar a Defensoria Pública em uma figura decorativa.

A tutela de interesses da vítima vem recebendo novos contornos. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RMS 70338, de relatoria da Min. Laurita Vaz, já reconhece a legitimidade da vítima para, pela via do Mandado de Segurança, se opor ao ato de arquivamento do inquérito policial, quando o fato investigado represente alguma violação de direitos humanos, a exemplo dos crimes que envolvem violência doméstica e familiar contra a mulher.

É evidente que a perspectiva moderna da presença da vítima nos estágios de investigação e na persecução penal não se compatibilizam com o texto do Código de Processo Penal. Por essa



razão é que devemos realizar a releitura do código, a partir dos novos instrumentos processuais, das normas de Soft Law e das decisões proferidas pelos tribunais superiores e internacionais.

Inclusive, a assistência qualificada já foi expressamente reconhecida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro por ocasião do julgamento do Recurso em Sentido Estrito n. 0006946-45.2018.8.19.0036, assim ementado:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DECISÃO QUE ANULOU A OITIVA DA VÍTIMA EM RAZÃO DE A DEFENSORIA PÚBLICA QUE A ACOMPANHOU TER FEITO PERGUNTAS. NATUREZA JURÍDICA DE ASSISTENTE ESPECIAL QUE PERMITE A REALIZAÇÃO DE PERGUNTAS NA AUDIÊNCIA DA VÍTIMA.

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pela vítima impugnando decisão que anulou o depoimento por ela prestado em razão de terem sido efetuadas perguntas pela Defensoria Pública que a acompanhou na oitiva.

Art. 27, da Lei 11.340/2006, que determina que “Em todos os atos processuais, cíveis e criminais, a mulher em situação de violência doméstica e familiar deverá estar acompanhada de advogado, ressaltado o previsto no art. 19 desta Lei.”

A localização do referido dispositivo – no capítulo nominado: “Da Assistência Judiciária” – a interpretação teleológica da lei – que visa à ampliar as medidas de proteção à mulher vítima de violência doméstica – assim como o critério da especialidade de aplicação das leis, deixam claro que a natureza jurídica do instituto consagrado pelo artigo 27, da Lei Maria da Penha, é de assistência judiciária especial.

Diz-se especial porque voltada para as mulheres vítimas de violência doméstica e porque deriva diretamente da lei. Ou seja, diferentemente da assistência comum (artigo 268 e seguintes do CPP),

independe de prévia oitiva do Ministério Público e de autorização judicial.

Dessa forma, correta a postura da Defensoria Pública em acompanhar a vítima e fazer perguntas que entendeu relevantes para o julgamento da causa.

Regra geral das nulidades que impede a decretação da nulidade, seja absoluta, seja relativa, na ausência de prejuízo que, de qualquer forma, imporia a reforma da decisão. Arts. 563 e 566, do CPP.

Artigo 10-A, da Lei Maria da Penha, ademais, que determina a obediência de diretrizes na inquirição da mulher vítima de violência doméstica, dentre elas a “não revitimização da depoente, evitando sucessivas inquirições sobre o mesmo fato nos âmbitos criminal, cível e administrativo, bem como questionamentos sobre a vida privada” (§ 1o, III).



Magistrado que deveria ter ponderado o direito da vítima com a formalidade cuja observância entendeu necessária, sendo certo que, diante do que ora se expôs (não houve demonstração de prejuízo, não sendo possível presumi-lo pela mera inquirição), a decisão teria que ter privilegiado a não revitimização.

A assistência qualificada é uma forma de posição processual da vítima, consolidada em razão de sua vulnerabilidade, e característica do microssistema da violência doméstica, permitindo que a vítima possa também manejar recursos e impugnações quando não concordar com determinados resultados processuais, especialmente se confirmados pelo titular da ação penal com a não interposição de recurso.

Aqui, façamos parênteses para deixar claro que não estamos consolidando a defesa de uma legitimação autônoma recursal da Defensoria Pública na tutela da vítima, diante da falta de legitimidade no artigo 577 do CPP.

O que se pretende é apenas corroborar a premissa de que os artigos 27 e 28 da Lei n. 11.340/2006, quando asseguram a assistência jurídica em todos os atos do processo, permitem o manejo de recursos, independente da formalidade da assistência de acusação.

Não cabe à Defensoria Pública tornar-se um órgão secundário de persecução e nem uma figura ilustrativa na sala de audiência, mas apenas exercer a representação dos interesses da vítima, inclusive com pretensões recursais amparadas no seu interesse legítimo da busca de um título penal condenatório e de repressão ao quadro de violência doméstica experimentado.

É certo que essa limitação da legitimidade recursal aqui proposta não deve ser confundida com a aptidão que a Defensoria Pública possui, já amparada por entendimento do Superior Tribunal de Justiça, para utilização das ações constitucionais, em nome próprio, buscando a tutela das suas funções institucionais, em casos de negativa de atuação imposta por decisão judicial.

Trata-se de situação específica a coibir obstáculos impostos à atuação institucional em favor das vítimas, por meio da legitimação para as ações constitucionais elencadas no artigo 4º, IX da LC n. 80/94, cujo exercício independe do assentimento da vítima.



8. CONCLUSÃO

A atuação da Defensoria Pública no âmbito criminal possui o inegável propósito de assegurar o acesso igualitário à ordem jurídica justa, garantindo que os investigados e vítimas tenham seus direitos preservados durante a fase de inquérito, que os acusados possam exercer plenamente sua defesa durante a fase da ação penal e que os condenados conservem os direitos não atingidos pela sentença, além de garantir amparo jurídico-assistencial das vítimas, conferindo-lhes maior empoderamento na relação processual.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Sergio Luís de Holanda Soares. **A vítima da criminalidade e abuso de poder e a missão constitucional da Defensoria Pública**. São Paulo: Rio de Janeiro: Livre Expressão, 2015.

AVENA, Norberto. **Processo penal esquematizado**, São Paulo: Método, 2012.

BURGUER, Adriana Fagundes; BALBINOT, Christine. A nova dimensão da Defensoria Pública a partir das alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 132 na Lei Complementar nº 80/1994. *In*: SOUSA, José Augusto Garcia de. **Uma nova Defensoria Pública pede passagem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MORGADO, Helena. Afasta de mim esse cálice: sobre a necessidade de conferir protagonismo ao ofendido no processo penal. **Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 32, p 338-352, 2022.

PAIVA, Caio. **Prática penal para Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.



SOUSA, José Augusto Garcia de. Solidarismo jurídico, acesso à justiça e funções atípicas da Defensoria Pública: a aplicação do método instrumentalista na busca de um perfil institucional adequado. **Revista de Direito da Defensoria Pública**, Rio de Janeiro, n. 19, p. 215-258, 2004.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO: PARADIGMA DE ACESSO À JUSTIÇA E SEU MODELO DE ATUAÇÃO NA ÁREA CRIMINAL

Prof. Dr. José Danilo Tavares Lobato¹

Resumo: Esse estudo apresenta a história da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, traça temporalmente seu desenvolvimento institucional e, principalmente, discorre acerca da transformação dessa instituição em paradigma de acesso à justiça. O artigo percorre as diferentes atuações institucionais da Defensoria Pública na área criminal, com o intuito de trazer ao leitor a compreensão de que a missão constitucional que a ela foi sendo conferida pós CF-1988, trouxe-lhe um papel que vai muito além do fornecimento de defesa advocatícia aos hipossuficientes, posto que, ao lado da originária tutela dos direitos individuais, foram acrescidas a tutela dos interesses supraindividuais e a promoção dos Direitos Humanos.

Palavras-chave: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro; história; missão institucional; área criminal; direitos humanos.

Abstract: This study presents the history of the Public Defender's Office of the State of Rio de Janeiro, in order to discuss its institutional development over time and, above all, the transformation of this institution into a paradigm for access to justice. The paper goes through the different institutional activities of the Public Defender's Office in the criminal area, with the aim of enabling the reader to understand that the constitutional mission conferred on it gives it a role that goes far beyond providing legal defense to the poor, since, alongside the original protection

¹ Professor Associado da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro e Professor Visitante do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Defensor Público na Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Pós-Doutor, Doutor e Mestre em Direito.



of individual rights, the protection of supra-individual interests and the promotion of human rights have been added.

Keywords: Public Defender's Office of the State of Rio de Janeiro; history; institutional mission; criminal area; human rights.

Sumário: 1. Introdução 2. O Surgimento e a História da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro 3. Novo Escopo de Atuação da Defensoria Pública 4. Papel Institucional na Área Criminal 5. Considerações Finais

1. INTRODUÇÃO

A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro comemora 70 anos de pioneirismo. Esta é uma instituição que muito serviu à construção do atual modelo constitucional de assistência jurídica. Este artigo se destina a tratar brevemente, a partir de uma apresentação histórica da DP-RJ, da edificação do modelo brasileiro que, nas últimas décadas, vem garantindo paulatinamente um efetivo acesso à justiça à população hipossuficiente. Em momento anterior, tivemos a oportunidade de apresentar, em artigo publicado no ano de 2017², na Alemanha, na centenária revista ZStW fundada por von Liszt, o conceito de Defensoria Pública como modelo paradigma de acesso à justiça e de prestação de assistência jurídica, pontuando ser esta uma instituição permanente e dotada, em certa medida, de prerrogativas de estado similares às do Ministério Público e das Procuradorias, de modo a diferenciar a bem sucedida experiência brasileira do ineficiente modelo da assistência jurisdicional dativa. Por essa razão, apresenta-se, a partir de um extrato desse nosso estudo de 2017, um novo trabalho, em língua portuguesa, sobre a Defensoria Pública.

Reflexões acerca do acesso à justiça não são novas e nem exclusivamente nossas. Podem ser encontradas além-mar, como

² LOBATO, José Danilo Tavares. Defensoria Pública: die brasilianische Verteidigungsstaatsanwaltschaft. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v.129, n.2, p.578-591, set. 2017.



as já manifestadas por Cappelletti³, contudo, foi na América Latina que se moldou a instituição Defensoria Pública, sendo, nesse tocante, o Brasil e a DP-RJ pioneiros, posto que na Europa, por exemplo, não houve a instituição de uma estrutura de acesso à justiça tão avançada quanto a nossa. O interesse em estabelecer um sistema público de defesa legal cresceu por lá nos últimos anos devido ao aumento dos movimentos migratórios, o que, contudo, não produziu nenhuma mudança concreta em termos jurídicos. Como Schünemann já observara, existe atualmente na Europa um “déficit democrático, especialmente no direito penal⁴”. Por lá, houve propostas para a criação de um “Eurodefensor”, o que não avançou a contento. Em termos de conteúdo, essa sempre foi uma proposição muito limitada, ou seja, nunca adquiriu uma perspectiva mais abrangente capaz de servir como uma satisfatória solução ao problema do acesso à justiça⁵. É certo que a experiência brasileira tem muito a contribuir à discussão estrangeira de países, o que, inclusive, já foi percebido por alguns juristas estrangeiros mais modernos e, por esse motivo, se propuseram a pensar em formas de superação da inexistência de um modelo institucional de acesso à justiça⁶.

³ Sobre “The First Wave: Legal Aid for the Poor”, cf CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective*. **Buffalo Law Review**, Buffalo, v.27, n.2, p. 181-292, 1978, p.197 e ss; e CAPPELLETTI, Mauro. **Access to Justice and the Welfare State**. Florence: European University Institute, 1981, p.365 e ss.

⁴ SCHÜNEMANN, 2006. p.61 e ss.

⁵ É claro que várias opções parecem possíveis para a organização do Eurodefensor. Entretanto, limitar a tarefa dessa instituição a apoiar e fortalecer a defesa em processos criminais transnacionais a fim de manter o equilíbrio processual reflete uma compreensão bastante limitada do direito de defesa. De acordo com Nestler (2016, p. 179)), o Eurodefensor “não deve ser uma instituição para advogados”, “mas para melhorar a posição dos acusados em processos criminais transnacionais.”; da mesma forma, Szwarc (2016, p. 181 e ss). Deve-se enfatizar que o conceito de um Eurodefensor também encontra resistência. Sobre esse ponto, cf. Mitchell (2016, p.191 e ss.).

⁶ Assim: RUBINO (2011, p. 459 e ss.). Contudo, é válido ressaltar que a resistência estrangeira é historicamente forte ao modelo de Defensoria. Por exemplo, há mais de 100 anos já havia quem afirmasse na Europa que “a ideia não rebuscada de um escritório de defesa pública, como contraposto à promotoria, seria impraticável”. Assim: WACH (1914, p.28).



2. O SURGIMENTO E A HISTÓRIA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

No Brasil, o modelo paradigma que ora se exalta de acesso à justiça e, em especial, de defesa criminal foi estabelecido e desenvolvido nas últimas décadas⁷. Ou seja, não data um século de existência. A Defensoria Pública é uma instituição jovem à diferença do Ministério Público que é secular. O fato é que a experiência brasileira deve servir de guia para muitas nações, principalmente, para as do hemisfério norte. A Defensoria Pública é o principal instrumento no Brasil a garantir o acesso à justiça e a defesa criminal para as pessoas socialmente vulneráveis⁸. A instituição Defensoria Pública vivenciou, nas últimas décadas, um processo mais intenso de implementação, o que, contudo, não alcançou ainda sua completude, posto que pontualmente ainda se encontra no Brasil a figura da assistência jurídica dativa e a ausência de qualquer forma de prestação de serviço de acesso à justiça. Trata-se, portanto, de um processo, de um caminhar contínuo, tanto é assim que a Emenda Constitucional nº 80 estipulou no art. 98 de 2014 das Disposições Constitucionais Transitórias que a União, os Estados e o Distrito Federal teriam o prazo de 8 anos para lotar defensores públicos em todas as comarcas, dando-se, logicamente, prioridade às regiões marcadas pelos “maiores índices de exclusão social e adensamento

⁷ Como origem remota da Defensoria Pública brasileira, seria possível apontar o ano de 1897, assim como experiências posteriores de outros Estados que criaram serviços governamentais de assistência judiciária, contudo, essas experiências são descontínuas em relação à origem da DP-RJ e a modelagem da instituição Defensoria Pública, tal como conhecemos hoje. Sobre a questão, cf.: “A Defensoria Pública teve sua origem no Estado do Rio de Janeiro, onde, em 5 de maio de 1897, um decreto instituiu a assistência judiciária no Distrito Federal (então a cidade do Rio de Janeiro). A Constituição Federal de 1934, em seu título III, Capítulo II, art.113, n. 32, cuidou do **direito de acesso gratuito à Justiça, nos seguintes termos: ‘A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais e assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos’. Assim, desde a Carta de 1934 os municípios foram excluídos da competência para legislar sobre assistência judiciária. O estado de São Paulo criou o primeiro serviço governamental de Assistência Judiciária do Brasil, seguido pelo Rio Grande do Sul e Minas Gerais**”. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/Institucional/historia-antigo>. Acesso em: 21 mar. 2024.

⁸ ALVES, Cleber Francisco; PIMENTA, Marília Gonçalves. **Acesso à justiça em preto e branco**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.



populacional”. Há de se reconhecer que, apesar do decurso de praticamente uma década, essa disposição constitucional ainda não se encontra 100% efetivada no Brasil, ainda que, no Estado do Rio de Janeiro, no âmbito estadual, essa seja uma realidade há bastante tempo. Cumpre reconhecer que em termos nacionais ainda temos muito que avançar.

No entanto, importa frisar que o modelo constitucional de acesso à justiça vai além da mera prestação de assistência jurídica gratuita ou de um defensor público; a Defensoria Pública é uma instituição constitucionalmente garantida, permanente, e que possui dentre os seus fins servir de instrumento em prol da democracia e da defesa judicial e extrajudicial dos direitos humanos e dos direitos individuais, coletivos e metaindividuais. O surgimento da Defensoria ocorre, por assim dizer, a partir de duas instituições. Até alcançar a sua recente autonomia e seu rosto próprio, muito por conta de sua origem, a Defensoria, em termos nacionais, esteve entre dois tipos de instituição: o Ministério Público e a Procuradoria do Estado⁹.

No caso do Estado do Rio de Janeiro, ela veio do Ministério Público. A DP-RJ foi criada no Estado do Rio de Janeiro¹⁰ por intermédio da Lei Federal nº 3.434, de 20 de julho de 1958¹¹, que previa a prestação de assistência judiciária gratuita pelo Ministério Público do Distrito Federal da época. Contudo, quatro anos antes, isto é, em 1954, houvera a criação de 6 cargos isolados, no âmbito da Procuradoria Geral de Justiça, de defensor público no âmbito do antigo Estado do Rio de Janeiro, cuja capital era Niterói, por via da Lei Estadual nº 2.188, de 21 de julho de 1954. Essa data foi assumida como marco da origem da atual DP-RJ, não obstante o seu desenvolvimento institucional ter ocorrido principalmente

⁹ Defensoria Pública do atual Distrito Federal. Disponível em: https://www.defensoria.df.gov.br/?page_id=807#:~:text=A%20hist%C3%B3ria%20da%20Defensoria%20P%C3%BAblica,do%20DF%20de%20que%20deveria. Acesso em: 21 mar. 2024.

¹⁰ A propósito, ver MORAES, Humberto Pena de; SILVA, Jose Fontenelle Teixeira da. **Assistência judiciária**: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado. 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984.

¹¹ Lei Nº 3.434 de 20/07/1958. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l3434.htm#:~:text=LEI%20No%203.434%2C%20DE,Federal%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs.&text=Art. Acesso em 10 nov. 2016.



após a Lei Federal nº 3.434, de 20 de julho de 1958. Os jovens membros do Ministério Público eram responsáveis pela concessão de assistência jurídica gratuita e ocupavam o cargo chamado na lei de “Defensor Público”. Deve-se observar que a Lei Federal nº 3.434, de 20 de julho de 1958, criou cinco níveis diferentes na carreira ministerial. Dessa forma, um membro do Ministério Público começava como “*Defensor Público*” e depois seria promovido a “*Promotor Substituto*”, “*Público*”, “*Curador*”, até alcançar o cargo de “*Procurador de Justiça*”¹². Esse sistema não foi alterado pela Lei Federal nº 4.158, de 28.11.1962¹³, que trouxe algumas mudanças na organização do Ministério Público do então Distrito Federal. Esse modelo de assistência e de defesa patrocinado pelo Estado permaneceu em vigor no Estado do Rio de Janeiro após a fundação de Brasília, a nova capital brasileira, o que, contudo, não foi transplantado para a nova capital. Em Brasília, a Defensoria Pública do Distrito Federal tem como marco de seu nascimento o ano de 1987, quando da criação do Centro de Assistência Judiciária no âmbito da Procuradoria do Estado.

Em 1975, a nova constituição do recém-fundado Estado do Rio de Janeiro criou um órgão denominado de Assistência Jurídica que estava, por assim dizer, quase que fora da estrutura do Ministério Público. Em realidade, não se tratava de uma instituição verdadeiramente independente, posto que o controle institucional da Assistência Judiciária era exercido pelo Procurador-Geral de Justiça. A Emenda Constitucional nº 16, de 24 de junho de 1981, transferiu esse controle para o Secretário de Estado de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. A Emenda Constitucional nº 37, de 24 de julho de 1987, deu autonomia administrativa ao órgão da Assistência Judiciária. Desde então, deixou de efetivamente integrar a Secretaria de Estado de Justiça, surgindo, com o status de Secretaria de Estado, a instituição que, dois anos depois, viria a ser conhecida como “*Defensoria Pública*”

¹² O “*Promotor Substituto*” substituíu e apoiava os “*Promotores Públicos*”, que lidavam com questões civis e criminais. O “*Curador*” lidava com processos de família, órfãos, herança e falência. Os “*Procuradores de Justiça*” trabalhavam na instância recursal.

¹³ Lei nº 4.158, de 28 de novembro de 1962. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4158.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%204.158%2C%20DE%2028,Art. Acesso em: 10 nov. 2016.



Geral do Estado do Rio de Janeiro. Em 1989, o termo “Assistência Judiciária” foi finalmente substituído pelo termo “Defensoria Pública” no Estado do Rio de Janeiro¹⁴.

A Constituição Federal de 1988 adotou o termo “Defensoria Pública” como expressão de seu status institucional e da virada democrática do Estado brasileiro. O regime militar havia sido superado. Era chegada a hora da defesa dos direitos humanos, o que exigia instituições fortes. O artigo 5º, LXXIV, e o artigo 134 da Constituição estipularam que a Defensoria Pública seria a responsável por aconselhar e representar todos os cidadãos que não tivessem recursos financeiros suficientes em disputas legais. Isso significava todos aqueles que não podem pagar um advogado particular. Contudo, essa é uma perspectiva do acesso à justiça sob a ótica individual. Para além dessa ótica, a Constituição semeou uma missão supraindividual à Defensoria Pública, o que, todavia, se tornou expresso em 2014 por intermédio da Emenda Constitucional nº 80, que superou a redação focada no acesso à justiça individual do art. 134 por uma nova, que fundamentasse a Defensoria como instituição permanente, instrumento do regime democrático e responsável pela promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos. É em virtude da relevância do escopo da missão institucional que os defensores públicos, tal como ocorre com os membros do MP e da Magistratura, estão vedados de atuarem como advogados particulares. Essa é uma proibição constitucional, como pode ser lido no Art. 134, §1º, da CRFB.

Essa função de fornecer aconselhamento e representação em disputas legais se aplica a todas as áreas do direito e é projetada para ser não apenas passiva, mas também ativa. A Defensoria Pública foi pensada para ser um instrumento que garanta o pleno acesso à justiça para todas as pessoas. Esse objetivo, consagrado na Constituição, foi ampliado pela Lei Complementar 80 de 01/12/1994. O legislador constitucional federal foi inspirado pelo modelo do Estado do Rio de Janeiro e quis replicar esse modelo

¹⁴ Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/Institucional/historia-antigo>. Acesso em: 27 mar. 2024.



para todo o país. É por isso que grande parte das Defensorias Públicas brasileiras foram estabelecidas somente após 1988¹⁵.

3. NOVO ESCOPO DE ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA

Em sua redação original, a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública de 1994 possuía uma visão limitada da atuação institucional porque, como mencionado anteriormente, ainda se vinculava a Defensoria Pública a uma missão de defesa quase que exclusivamente de direitos individuais. É por esse motivo que houve a difusão da perspectiva da Defensoria Pública como a instituição voltada a ser apenas a responsável pelo aconselhamento e pela representação de cidadãos que não podiam pagar um advogado particular. No início do Século XXI, o legislador assumiu uma visão mais ambiciosa a partir da edição de profundas reformas normativas. No ano de 2009, houve a edição da Lei Complementar 132, de 07/10/2009, que alterou a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública, dando novos contornos institucionais à Defensoria Pública.

Obviamente, que ainda é uma missão precípua da Defensoria a assistência judicial e extrajudicial dos cidadãos que não possuem recursos financeiros suficientes para contratar advogado, o que é uma marca registrada da instituição. Isso distingue claramente a atuação da Defensoria Pública para a do Ministério Público no que diz respeito, por exemplo, ao trabalho na área e nos casos criminais. A diferença entre os dois é clara, posto que o Ministério Público é a autoridade da acusação, ainda que a Defensoria possa apresentar queixa-crime pelas vítimas e seus sucessores nos casos em que a lei permite, enquanto que, por outro lado, a autoridade da Defesa compete à Defensoria Pública e não ao Parquet ou à advocacia dativa.

¹⁵ Deve-se mencionar que, além do pioneirismo do Rio de Janeiro, outros Estados da federação, como Rio Grande do Norte (RN), Rio Grande do Sul (RS) e Bahia (BA), também realizaram um trabalho pioneiro e contam com assistências jurídicas desde 1957 (RN), 1960 (RS) e 1975 (BA). Cf: DP-RJ. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/institucional/historia-antigo>. Acesso em: 27 mar. 2024.



O conceito ampliado pelo legislador de 2009 representa uma mudança de paradigma, pois agora está legalmente reconhecido que a Defensoria Pública é uma das imprescindíveis instituições do sistema de justiça que serve à democracia. Importante destacar a mudança de paradigma que reside na promoção dos direitos humanos e na defesa dos direitos coletivos. Essa mudança legislativa instituiu, por meio do novo art. 3º-A, quatro objetivos que o Estado brasileiro deve perseguir por meio da Defensoria Pública, isto é, a Defensoria Pública se converteu em instrumento nacional voltado a: 1. defender a primazia da dignidade humana e reduzir as desigualdades sociais; 2. consolidar o estado democrático de direito; 3. dar validade e eficácia aos direitos humanos; 4. garantir a imposição constitucional de que o cidadão tenha um julgamento justo, isso a partir da efetivação da ampla defesa e do contraditório.

Após realizarmos esse panorama do desenvolvimento histórico-jurídico da Defensoria Pública, o leitor já se encontra atualizado quanto ao novel caráter institucional. Assim, importa passar em revista algumas formas de atuação dessa nobre instituição, o que será feito a seguir, focando-se, todavia, na função mais conhecida da Defensoria Pública que é a defesa criminal e que, em realidade, é a atuação que acompanha essa instituição desde os seus primeiros passos de vida.

4. PAPEL INSTITUCIONAL NA ÁREA CRIMINAL

Na área criminal, a atuação da Defensoria pode ter início com a procura por parte de quem está sendo alvo de um inquérito policial e deseja, por exemplo, aportar elementos a essa investigação ou iniciar tratativas com o Ministério Público para a realização de um Acordo de Não Persecução Criminal. Nessas hipóteses, a intervenção do defensor público ocorre em momento anterior ao início do processo penal.

Quando houver prisão em flagrante, a atuação da Defensoria Pública se inicia com a comunicação imediata da prisão de quem não possui advogado particular. A partir dessa comunicação, a Defensoria pode participar do inquérito policial – o que



está previsto na nova redação da Lei Complementar 80 e no CPP, em seu art. 289-A, §4º e art.306, §1. Da prisão decorre a atuação da Defensoria Pública na audiência de custódia, cuja finalidade precípua consiste em verificar a legalidade da prisão e o respeito à integridade física e moral do preso. Nesse tocante, emerge a tarefa de servir de órgão de controle dos órgãos estatais quanto ao respeito e à efetivação dos mandamentos voltados à efetivação dos Direitos Humanos daqueles que se encontram privados de liberdade.

Por outro lado, a notificação da prisão em flagrante não significa que a Defensoria Pública tenha um papel ativo na condução da investigação, até porque, no Brasil, vigora, nessa fase, um sistema inquisitorial no qual o investigado praticamente deixa de ser um sujeito para se converter em um objeto, uma vez que nosso sistema delinea o inquérito policial, que é conduzido pelo delegado de polícia, com a finalidade exclusiva de servir a opinião delicti do Ministério Público. O delegado de polícia é o responsável e o condutor do inquérito que serve ao promotor público, que pode requisitar e determinar a realização de diligências, enquanto que à defesa só lhe resta requerer e solicitar providências. A defesa, como regra, não tem um papel ativo durante o inquérito policial, o que, contudo, vem suscitando questionamentos doutrinários¹⁶ acerca de uma investigação defensiva. Nesse sentido, cumpre mencionar o pioneirismo da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro que criou, em 2022, o Núcleo de Investigação Defensiva¹⁷. Se por um lado, é verdade que, no Brasil, o inquérito policial é conduzido unilateralmente – até porque, no dia a dia, as contribuições da defesa raramente ocorrem, e mesmo quando ocorrem, não necessariamente serão permitidas, já que nessa fase é a perspectiva dos órgãos de persecução penal que predomina –, por outro, é digno de nota que se iniciou um movimento para rediscutir e modificar esse quadro de quase nenhuma participação defensiva na fase inquisitorial.

¹⁶ Para um papel mais ativo da defesa criminal, cf. MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 96, p.279-309, maio/jun. 2012, p.96.

¹⁷ Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/27340-Em-um-ano-Nucleo-de-Investigacao-Defensiva-reune-mais-de-100-casos>. Acesso em: 22 mar. 2024.



Como a partir do início do processo penal, os direitos processuais de ambas as partes são, dentro dos limites possíveis, rebalanceados, de modo a que seja garantido o devido processo legal mediante o respeito da ampla defesa e do contraditório, a Defensoria Pública passa, na fase processual, a necessariamente desempenhar um papel indispensável, sem o qual inexistirá um processo justo e respeito a garantias próprias de um Estado Democrático de Direito. É por essa razão que o defensor público também dispõe das mesmas prerrogativas processuais do promotor de justiça, por exemplo, ao gozar de prazos mais longos, da prerrogativa de se manifestar por cota, além da intimação pessoal com a entrega dos autos, o que, de certo modo, perdeu o sentido com o processo eletrônico. Um advogado particular não goza dessas prerrogativas, uma vez que sua atuação é individual, enquanto que o defensor público, mesmo atuando na defesa de indivíduos, atua de forma macro, posto que a ele compete todo e qualquer processo criminal em que haja alguém desassistido de patrono particular, ou seja, trata-se de uma atuação defensiva que deverá abarcar todo volume de processos que se faça necessário. Aqui, a atuação da Defensoria é atípica, no sentido de que ocorre ainda que o réu, que não tenha patrono particular, possa pagar por um advogado, posto que ninguém pode ser processado sem que lhe seja prestada uma defesa técnica efetiva. A missão democrática e de fomento ao Estado de Direito eleva a atuação da Defensoria para além da hipossuficiência financeira do acusado. A hipossuficiência processual, isto é, a ausência de assistência técnico-jurídica, é o bastante para o ingresso da Defensoria nos autos de um processo criminal.

Uma dúvida leiga ao modelo de Defensoria diz respeito à isenção do defensor público, em virtude de este ser remunerado pelo Estado. Nesse tocante, é digno de nota que o defensor público atua como uma autoridade independente nos procedimentos e nos processos, isso porque todos os defensores públicos desfrutam de independência funcional¹⁸. Ou seja, eles não se desincumbirão de seu mister de defesa cumprindo ordens de nenhuma autoridade superior, mas sim conforme a sua convicção

¹⁸ Para uma visão panorâmica do assunto, ver WEIS, 2008.



e interpretação jurídica dos fatos e do direito aplicáveis. A independência funcional garante tranquilidade para que esse agente exerça seu trabalho sem que tenha que se preocupar com o recebimento de honorários, promoção na carreira, punições, etc, por conta exclusivamente da adoção de uma ou outra tese jurídica. A independência funcional do defensor público, tal como a do promotor de justiça¹⁹, encontra limites somente nas disposições constitucionais e legais. Isso significa que o Defensor Público Geral não exerce nenhuma influência sobre a representação desempenhada no processo. Contudo, por óbvio, em caso de abuso ou mau uso da independência funcional, o Defensor Público Geral pode sancionar o defensor público após a conclusão do processo administrativo disciplinar conduzido pela Corregedoria.

Menos frequentemente, a Defensoria assume o patrocínio da vítima ou seus familiares como assistente da acusação. A regulamentação das atividades do assistente não é nova e se encontra em nível de lei ordinária, no Art. 268 e seguintes do CPP. Apesar de pontualmente essa atuação ter sempre ocorrido, importa demarcar que, no caso da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, na última década, essa forma de prestação de assistência jurídica adquiriu uma nova magnitude, principalmente, mediante a atuação do Núcleo de Direitos Humanos e da Coordenadoria de Defesa dos Direitos da Mulher, que vêm atuando, de forma muito relevante, em processos do Tribunal do Júri, na busca de servir a uma mudança de cultura jurídica.

Cumpra ainda mencionar a importante missão que a Defensoria Pública exerce na execução penal. Aqui a sua atuação tem cunho judicial e extrajudicial, sendo esta última de suma importância para a preservação dos Direitos Humanos, já que a Defensoria Pública foi alçada a funcionar como um dos órgãos de controle do sistema de execução penal²⁰, eis que nos termos da LEP, ela deve velar “pela regular execução da pena e da medida

¹⁹ Sobre os limites da “independência funcional” no gabinete do promotor público, ver: MAZZILLI, Hugo Nigro. Os Limites da Independência Funcional no Ministério Público. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 715, p. 571-575, maio 1995.

²⁰ Sobre o tema, cf. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. O Novo Papel da Defensoria Pública na Execução Penal. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (coord.). **A Defensoria Pública e os processos coletivos**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, p.283 e ss.



de segurança, oficiando, no processo executivo e nos incidentes da execução, para a defesa dos necessitados em todos os graus e instâncias, de forma individual e coletiva”. O papel da Defensoria ganhou uma nova projeção após a edição da Lei 12.313 de 2010 que, buscando replicar para todo o Brasil o sucesso da experiência do Núcleo do Sistema Penitenciário da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro²¹, projetou uma missão na execução penal para que a instituição fosse muito além da defesa individual, ou seja, incumbiu também a função de controle e a de ser responsável pela tutela de direitos coletivos relativos aos presos e condenados.

De acordo com o Art. 81-A da Lei de Execução Penal, a Defensoria é encarregada de garantir a legalidade da execução das penas e das medidas de segurança, bem como de conduzir os procedimentos de execução no interesse das pessoas afetadas em todos os níveis e instâncias, tanto individual quanto coletivamente, de modo a, inclusive, fazer o manejo da ação civil pública para fazer valer os direitos e garantias dos presos, o que passou a ser um poder-dever institucional. Em outras palavras, além da já esperada função de fazer valer os direitos dos condenados perante a Vara de Execuções Penais, mediante requerimentos de livramento condicional, progressão de regime, remissão de pena, etc, segundo o Artigo 81-B da LEP, à Defensoria também cabe officiar o juízo e a autoridade administrativa penitenciária quando da identificação de qualquer violação dos regulamentos administrativos e da lei, para que deem início às investigações e aos processos administrativos apuratórios. Essa atuação ocorre com o escopo de que a Defensoria Pública sirva como veículo de promoção e garantia do respeito dos Direitos Humanos dos presos, a partir de uma vigilância permanente, que decorre inclusive da obrigação do defensor público de inspecionar os estabelecimentos prisionais. Diante de violações dos direitos humanos, a Defensoria deve exigir que a autoridade competente e o Poder Judiciário fechem as instituições penais e penitenciárias em questão. É por esse motivo

²¹ Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/2140-Atuacamp-atilde-o-do-Nuspen-inspira-importante-alteracamp-atilde-o-na-Lei-de-Execucamp-atilde-o-Penal>. Acesso em: 27 mar. 2024.



que a lei exige visitas regulares de monitoramento das prisões por parte dos defensores públicos, tanto que a estes cabe representar pela responsabilidade individual dos servidores penitenciários que ajam ilegalmente contra os presos, o que demonstra a concessão de uma função de controle à Defensoria Pública, de modo a atuar em concorrência com outras instituições de controle da execução penal. Por outro lado, merece destaque que a LC 132 permite que a atuação institucional recorra não apenas às instâncias nacionais, mas também aos mecanismos internacionais de proteção dos Direitos Humanos²², tanto é assim que defensores públicos brasileiros já se manifestaram perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos em várias ocasiões²³.

Importa não esquecer que a Defensoria também desempenha um papel importante no sistema de justiça juvenil. Sua missão não se limita à defesa dos adolescentes acusados de terem praticado atos infracionais, mas, e, principalmente, envolve a tomada de medidas de proteção para as crianças e adolescentes que estejam em risco de exclusão social²⁴. Finalmente, deve-se observar que à Defensoria compete proteger os direitos das vítimas de tortura e tomar medidas contra o abuso sexual, a discriminação e qualquer forma de opressão ou violência. Para tanto, deve trabalhar em cooperação com instituições estatais de assistência social e organizações não governamentais para apoiar essas vítimas, de modo a que a elas seja fornecido local de refúgio, treinamento vocacional, emissão de documentos de identidade, matrícula de

²² Essa ideia já pode ser encontrada na literatura jurídica. Sobre isso: RIBEIRO, Roberta Solis. Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos e Defensoria Pública. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (coord.). **A Defensoria Pública e os processos coletivos**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.296 e ss.; MAFFEZOLI, Antonio. **A Atuação da Defensoria Pública na promoção e defesa dos direitos humanos e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. Brasília: ANADEP, 2024. Disponível em: https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=https%3A%2F%2Fwww.anadep.org.br%2Fwtksite%2Fcms%2Fconteudo%2F4911%2F3O_DA_DEFENSORIA_P_BLICA_NA_PROMO_O_E_DEFESA_DOS_DIREITOS_HUMANOS_E_O_SISTEMA_INTERAMERICANO_DE_DIREITOS_HUMANOS_-_Antonio_Maffezoli.doc&wdOrigin=BROWSELINK. Acesso em: 21 mar. 2024.

²³ Disponível em: <https://direitoshumanos.dpu.def.br/atuacao-no-sistema-interamericano-de-direitos-humanos/>. Acesso em: 27 mar. 2024.

²⁴ Além disso, consultar: Revista Especial da Infância e Juventude 1, São Paulo: EDEPE, 2011. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/0/REVISTA%20DA%20DEFENSORIA%20-%20INF%3%82NCIA.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2016.



crianças em creche e escola, além de outras medidas. Ou seja, o papel da Defensoria Pública na seara criminal abarca uma atuação ampla que não se restringe ao réu acusado de crime, mas abrange o investigado, o condenado e a própria vítima.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tenhamos certeza de que, dentre os principais modelos de acesso à justiça, o de Defensoria Pública é um dos melhores, o que se comprova pela experiência brasileira e fluminense. O aniversário de 70 anos do marco inicial da Defensoria do Estado do Rio de Janeiro se completa neste ano de 2024, e esse é fato que nos move a aplaudir o sucesso desse modelo consagrado e aprimorado na Constituição Federal. Contudo, não podemos perder o foco da luta institucional, posto que ainda há uma longa jornada pela frente. O processo de desenvolvimento e amadurecimento da Defensoria Pública é historicamente bastante recente. Trata-se de uma instituição jovem que, em termos de Brasil, ainda enfrenta dificuldades, especialmente financeiras e de pessoal, não obstante as estipulações constitucionais.

A sociedade brasileira pode estar ciente de que a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro vem, ao longo dos últimos 70 anos, cumprindo sua missão, se aprimorando e servindo de paradigma nacional e como ferramenta indispensável para o fortalecimento da democracia e do Estado de Direito. Em um país como o Brasil – com enormes disparidades sociais e econômicas – o sistema de justiça só conseguirá garantir a justiça, seja em âmbito judicial ou extrajudicial, por meio da atuação institucional da Defensoria Pública. É com essa tomada de consciência que devemos seguir em defesa da expansão e aprimoramento desse nosso modelo de acesso à justiça. Podemos estar orgulhosos, pois já caminhamos muito, mas à nossa frente ainda há uma longa estrada a ser percorrida e vencida. Sigamos em frente.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cleber Francisco; PIMENTA, Marília Gonçalves. **Acesso à justiça em preto e branco**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.



BRASIL. Lei nº 3.434, de 20 de julho de 1958. Dispõe sobre o código do Ministério Público do Distrito Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2024 Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l3434.htm#:~:text=LEI%20No%203.434%2C%20DE,Federal%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias.&text=Art. Acesso em: 29 maio 2024.

BRASIL. Lei nº 4.158, de 28 de novembro de 1962. Dispõe sobre a carreira do Ministério Público do Distrito Federal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2002?]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4158.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%204.158%2C%20DE%2028,Art. Acesso em: 10 nov.2016.

BRASIL. Defensoria Pública-Geral da União. Atuação no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **DPU**: Defensoria pública da União, 2024 Disponível em: <https://direitoshumanos.dpu.def.br/atuacao-no-sistema-interamericano-de-direitos-humanos/>. Acesso em: 27 mar.2024.

CAPPELLETTI, Mauro. **Access to Justice and the Welfare State**. Florence: European University Institute, 1981.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective*. **Buffalo Law Review**, Buffalo, v.27, n.2, p. 181-292, 1978.

DISTRITO FEDERAL. Defensoria Pública. História. **Defensoria Pública do Distrito Federal**, 2024. Disponível em: https://www.defensoria.df.gov.br/?page_id=807#:~:text=A%20hist%C3%B3ria%20da%20Defensoria%20P%C3%ABlica,do%20DF%20de%20que%20deveria. Acesso em: 21 mar. 2024.

RIO DE JANEIRO (Estado). Defensoria Pública. Nossa história. **Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro**, 2024. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/Institucional/historia-antigo>. Acesso em: 27 mar.2024.



RIO DE JANEIRO (Estado). Defensoria Pública. Atuação do NUSPEN inspira importante alteração na Lei de Execução Penal. **Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro**, 03 set. 2010. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/2140-Atuacamp-atilde-o-do-Nuspen-inspira-importante-alteracamp-atilde-o-na-Lei-de-Execucamp-atilde-o-Penal>. Acesso em: 27 mar.2024.

RIO DE JANEIRO (Estado). Defensoria Pública. Em um ano, Núcleo de Investigação Defensiva reúne mais de 100 casos. **Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro**, 05 out. 2023. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/27340-Em-um-ano-Nucleo-de-Investigacao-Defensiva-reune-mais-de-100-casos>. Acesso em: 22 mar. 2024.

REVISTA ESPECIAL DA INFÂNCIA E JUVENTUDE. São Paulo: EDEPE, n.1, 2011. Disponível em <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/O/REVISTA%20DA%20DEFENSORIA%20-%20INF%C3%82NCIA.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2016.

LOBATO, José Danilo Tavares. Defensoria Pública: die brasilianische Verteidigungsstaatsanwaltschaft. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Berlin, v.129, n.2 , p.578-591, set. 2017.

MAFFEZOLI, Antonio. **A Atuação da Defensoria Pública na promoção e defesa dos direitos humanos e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. Brasília: ANADEP, 2024. Disponível em: https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=https%3A%2F%2Fwww.anadep.org.br%2Fwtksite%2Fcms%2Fconteudo%2F4911%2F30_DA_DEFENSORIA_P_BLICA_NA_PROMO__O_E_DEFESA_DOS_DIREITOS_HUMANOS_E_O_SISTEMA_INTERAMERICANO_DE_DIREITOS_HUMANOS_-_Antonio_Maffezoli.doc&wdOrigin=BROWSELINK. Acesso em: 21 mar. 2024.

MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 96, p.279-309, maio/jun. 2012.



MAZZILLI, Hugo Nigro. Os Limites da Independência Funcional no Ministério Público. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 715, p. 571-575, maio 1995.

MITCHELL, Jonathan. Eine Entgegnung auf das Konzept des Eurodefensors als Mittel zur Stärkung der Verteidigung in transnationalen Strafverfahren (Korreferat). In: SCHÜNEMANN, Bernd (ed.). **Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege = A Programme for European Criminal Justice**. Colônia: Carl Heymanns Verlag, 2006.

MORAES, Humberto Pena de; SILVA, Jose Fontenelle Teixeira da. **Assistência judiciária**: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado. 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984.

NESTLER, Cornelius. Europäische Verteidigung bei transnationalen Strafverfahren. In: SCHÜNEMANN, Bernd (ed.). **Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege = A Programme for European Criminal Justice**. Colônia: Carl Heymanns Verlag, 2006.

RIBEIRO, Roberta Solis. Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos e Defensoria Pública. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (coord.). **A Defensoria Pública e os processos coletivos**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. O Novo Papel da Defensoria Pública na Execução Penal. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (coord.). **A Defensoria Pública e os processos coletivos**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RUBINO, Francesco. Razões para uma Defensoria Pública europeia – “I, the people...”. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (coord.). **A Defensoria Pública e os processos coletivos**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.



SCHÜNEMANN, Bernd. Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege. *In*: SCHÜNEMANN, Bernd (ed.). **Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege = A Programme for European Criminal Justice**. Colônia: Carl Heymanns Verlag, 2006.

SZWARC, Andrezj J. Eurodefensor – Unterstützung der Verteidigung. *In*: SCHÜNEMANN, Bernd (ed.). **Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege = A Programme for European Criminal Justice**. Colônia: Carl Heymanns Verlag, 2006.

WACH, Adolf. Struktur des Strafprozesses. *In*: BINDING, Karl. **Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Karl Binding zum 7. August 1913**. München: Duncker & Humblot, 1914.

WEIS, Carlos. **Parecer 3 da Corregedoria Geral da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**. São Paulo: Defensoria Pública do Estado de São Paulo, 2008. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=940&idModulo=4998>. Acesso em: 14 mar. 2017



SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL E GRUPOS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE: ESTÂNDARES DE DEFESA CRIMINAL DO CASO NORÍN CATRIMÁN VS. CHILE

Marcia Mesquita Barros¹

Renata Tavares da Costa²

1. INTRODUÇÃO

A ideia de construir um enfrentamento institucional sistêmico contra as opressões patriarcais, racistas e coloniais é a que nos move a pensar, através de nossa experiência na Defensoria Pública, em saídas brasileiras para os problemas brasileiros (ou latino-americanos), com especial ênfase no Sistema de Justiça Criminal.

O farol que nos norteia é o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e estândares construídos a partir “das veias abertas” da história latino-americana.

O que queremos aqui é demonstrar como essa cultura branca domina os saberes até hoje e produz injustiças epistêmicas³, contribuindo para subjugação histórica de grupos vulneráveis.

Para tanto, partiremos da **noção de injustiça epistêmica no processo penal, de Miranda Fricker**, para entender como grupos historicamente excluídos se perpetuam nessa marginalidade e o papel do Sistema de Justiça Criminal.

Depois, passaremos a abordar o caso **Norín Catrimán e outros vs. Chile**, em que a Corte define as obrigações dos Estados

¹ Defensora Pública no Estado do Rio de Janeiro.

² Defensora Pública no Estado do Rio de Janeiro.

³ FRICKER, Miranda. **Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing**. New York: Oxford University Press, 2007.



em relação ao processo de criminalização de pessoas pertencentes aos grupos historicamente excluídos⁴.

Estabelecidos os requisitos ou estândares, passaremos então a analisar dois casos concretos de pessoas ligadas a esses grupos historicamente excluídos. Para então, redimensionar, ou, pretender redimensionar, a Defesa Pública Criminal.

2. SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL E INJUSTIÇA EPISTÊMICA

Para começar, importante esclarecer o que entendemos por grupos social e historicamente excluídos. Adotamos o conceito de Owen Fiss. Para o autor estadunidense, um grupo social não se limita a um amontado de pessoas. É uma entidade sem corpo físico, com posição distinta de seus membros. Ambos, com identidade própria⁵.

Mas, outrossim, a característica forte é a condição de interdependência entre a identidade e o bem-estar do grupo e a identidade e o bem-estar de seus membros. Assim, o status do grupo é o mesmo status da pessoa que pertence a ele. E dá um exemplo: a liberdade de uma pessoa escravizada num mundo onde a escravidão é legalizada.

As pessoas que conformam esses grupos sociais estão numa posição que torna impossível a mudança de status. Historicamente fora dos espaços de poder, não possuem condições de mudar a vida⁶.

A vulnerabilidade desses grupos foi reconhecida até pelas Altas Cortes de Justiça dos países iberoamericanos e estão no documento chamado “100 Regras de Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade”:

⁴ OEA. Corte Interamericana De Derechos Humanos. **Caso Norín Catrimán Y Otros (Dirigentes, Miembros Y Activista Del Pueblo Indígena Mapuche)** vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Disponível em: *seriec_279_esp.pdf (corteidh.or.cr) . Acesso em: 20 fev. 2024.

⁵ FISS, Owen. **Grupos y Clausula de Igual Protección**. Disponível em: https://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2014/08/PM-Grupos_y_la_Cl_usula_de_la_igual_protecci_n.pdf. Acesso em: 20 fev. 2024

⁶ *Ibid*



(3) Consideram-se em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por razão da sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, económicas, étnicas e/ou culturais, **encontram especiais dificuldades em exercitar com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico.**

(4) Poderão constituir **causas de vulnerabilidade**, entre outras, as seguintes: a idade, a incapacidade, a pertença a comunidades indígenas ou a minorias, vitimização, a migração e o deslocamento interno, a pobreza, o gênero e a privação de liberdade. A **concreta determinação das pessoas em condição de vulnerabilidade** em cada país **dependerá das suas características específicas**, ou **inclusive do seu nível de desenvolvimento social e económico.**

Aqui é ponto de partida para poder entender e estudar a injustiça epistêmica de Miranda Fricker. Iniciamos determinando a existência de grupos historicamente excluídos. Depois, estabelecemos que essa exclusão também é uma exclusão jurídica, uma vez que até os órgãos do Sistema de Justiça reconhecem a necessidade de se adotarem políticas públicas.

Fricker estuda a injustiça. Primeiro reconhece que, na filosofia, há uma exclusão determinante do estudo da injustiça. Autores e escritores, pensadores e outros mais debruçam-se sobre o problema da justiça:

[...] como a injustiça se torna algo invisível no campo da produção do conhecimento, prejudicando muitos indivíduos em sua capacidade de conhecer. É isso que a autora denomina de “injustiça epistêmica”, **um tipo de injustiça envolvida nos casos em que se desconfia da palavra do outro com base em algum preconceito.** O ganho dessa abordagem, sustenta Fricker, estaria em conhecer o que é requerido para operar contra a situação de normalidade da injustiça. A dissolução da situação de injustiça se daria, por conseguinte, pelo desenvolvimento de **duas virtudes ético-intelectuais, a saber, a da justiça testemunhal e a da justiça hermenêutica**⁷.

No que se refere à justiça testemunhal, a autora problematiza o quanto o pertencimento a grupos excluídos pode prejudicar

⁷ KUHNEN, Tânia Aparecida. FRICKER, Miranda. Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing. New York: Oxford University Press, 2007. **Princípios: Revista de Filosofia (UFRN).**



a fala e a escuta no Sistema de Justiça. Por um lado, quem explica e, por outro, quem precisa escutar para julgar.

Aborda a situação de quem fala, explica, e aponta para a necessidade de se observar quem escuta:

[...]“injustiça epistêmica testemunhal”: um falante recebe credibilidade deficitária devido ao preconceito de identidade do ouvinte. O problema é que o **preconceito do ouvinte não se manifesta abertamente na rejeição da validade das afirmações do falante, mas, antes, ocorre de forma dissimulada**. Normalmente, a injustiça testemunhal **aparece como parte de um conjunto mais amplo de injustiças sociais persistentes e sistemáticas** que os indivíduos pertencentes a grupos destituídos de poder social, a exemplo de negros, gays e mulheres, sofrem.

Conclui que o **ouvinte ideal exige reflexão e crítica contínua de um observador** atento a seu **pertencimento a um grupo social e às dificuldades de interlocução**, “admitindo, inclusive, poder haver ambientes sociais e circunstâncias que praticamente inviabilizam o desenvolvimento da justiça epistêmica, uma vez **que não se disponibilizam as ferramentas necessárias para o pensamento crítico-reflexivo, condição para a virtude**”.

A autora salienta a importância do ouvinte para a construção de uma relação de confiança epistêmica e, conseqüentemente, para a própria construção coletiva e estável do conhecimento. Além de contribuir para a confecção de um conjunto de verdades sistêmicas de uma determinada sociedade, serve também para um ideal de justiça a combater a “injustiça testemunhal”.

No que se refere à segunda forma de injustiça epistêmica, a **hermenêutica**, a autora aponta a incapacidade **do falante em comunicar sua experiência** ante a ausência, no contexto histórico-social, dos conceitos e elementos necessários para dar sentido à sua vivência:

Há, portanto, uma lacuna hermenêutica que não permite ao indivíduo ou ao grupo **tornar sua experiência inteligível diante de outros**. Ao serem mal-entendidos, esses grupos são deixados de lado na estruturação epistemológica, o que impossibilita o próprio auto-entendimento.



Essa injustiça resulta em **desvantagem cognitiva e marginalização hermenêutica de grupos**, que terminam por participar de forma desigual das práticas pelas quais significados sociais e entendimentos coletivos são constituídos⁸.

Deste ponto, passamos a analisar a questão do Sistema de Justiça Criminal em relação a esses grupos socialmente excluídos. Impelidas a combater a injustiça hermenêutica, passaremos a estudar o Caso Norín Catrimán e outros vs. Chile, que trata da criminalização dos mapuches e apresenta estândares interamericanos para processo e julgamento justo.

2. CASO NORÍN CATRIMÁN Y OTROS VS. CHILE: ESTÂNDARES INTERMERICANOS PARA DEFESA CRIMINAL DE POVOS ORIGINÁRIOS

Trata-se de sentença internacional que condena o Estado Chileno pela violação de vários artigos da Convenção Americana, em especial o art. 8º, pela criminalização de lideranças indígenas mapuches.

Inicialmente, a Corte faz um recorte da situação do povo mapuche no Chile. Baseado em relatórios nacionais e internacionais, de forma muito genérica, adequada aos fins deste artigo, podemos assim resumir a situação dos Mapuches no Chile:

1. O Povo Indígena Mapuche está organizado em comunidades chamadas lof, as quais estão compostas de grupos familiares e reúnem-se em várias unidades territoriais;
2. As condições socioeconômicas dos mapuche, na época dos fatos, eram inferiores à média nacional, assim como a da população não indígena do Chile, situando-se em níveis de pobreza que refletem, também, em dificuldades de acesso aos serviços de educação e saúde;
3. “No que diz respeito “aos problemas atuais dos povos indígenas”, Rodolfo Stavenhagen, em seu trabalho como Relator Especial das Nações Unidas sobre a situação dos direitos humanos e as liberdades fundamentais dos indígenas, enfatizou que estes ‘não podem ser entendidos sem uma referência à história de suas relações com a sociedade chilena’;

⁸ Ver KUHNNEN, Tânia Aparecida, op.cit



porque “a situação atual dos indígenas no Chile é produto de uma longa história de marginalização, discriminação e exclusão, vinculada, principalmente, às diversas formas opressivas de exploração e de despojamento de suas terras e recursos que remontam ao século XVI e ocorrem até os dias atuais”⁹.

Diante deste contexto, nos idos dos anos 2000, a Região Sul foi palco de inúmeras manifestações e protestos sociais por parte dos membros do **Povo Indígena Mapuche**, de seus líderes e de suas organizações, com vistas ao atendimento e à resolução de suas reivindicações, que, fundamentalmente, se referiam à recuperação de seus territórios ancestrais e ao uso e gozo de suas terras e de seus recursos naturais.

la aumentando o nível de conflitos nas referidas regiões. Além das mobilizações sociais e de outras medidas de pressão, como a ocupação das terras demandadas, aconteceram, também, algumas ações violentas classificadas como “graves”, tais como a ocupação das terras não vinculadas aos processos legais de reclamação em andamento; o incêndio de plantações florestais, de cultivos, de instalações e de “casas patronais”; a destruição de equipamentos, maquinaria e cercados; o fechamento das vias de comunicação; e os enfrentamentos com a força pública.

Fatos esses que impulsionaram uma reação estatal desmedida e desproporcional. Alegações de abusos, violência (física e verbal) ou maus-tratos exercidos contra os membros do Povo Indígena Mapuche (incluindo crianças, mulheres e idosos), quando se realizam buscas e apreensões ou quando se executam ordens de prisão de suspeitos. Ocorreram mortes e ferimentos, inclusive de crianças.

O caso concreto trata da prisão e condenação de lideranças mapuches no uso da lei antiterrorista do Chile. Os acusados foram absolvidos num primeiro julgamento e condenados definitivamente no segundo. A Corte então decidiu sobre a lei penal

⁹ OEA. Corte Interamericana De Derechos Humanos. **Caso Norín Catrimán vs. Chile**. Sentença Traduzida. Par. 77. Disponível em: [142788b09442cde14d1b005c1920ccc0.pdf](https://www.corteidc.or.cr/docs/sentencias/sentencia_142788b09442cde14d1b005c1920ccc0.pdf) (cnj.jus.br). Acesso em: 31 mar. 2024.



aplicada (Lei Antiterrorista), bem como pronunciar se houve violações das garantias judiciais e da prisão preventiva.

A sentença é dividida em 4 partes. Apresentamos de forma resumida os principais estândares:

VIOLAÇÃO	ESTÂNDARES
Princípio da Legalidade e presunção de inocência (artigos 9 e 8.2 da Convenção);	<ul style="list-style-type: none">- clara definição de tipos penais, com fixação de elementos que permitam distingui-los de outras condutas lícitas;- <u>necessária distinção entre delitos de terrorismo e outros tipos penais;</u>- PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA : <u>implica no fato de os julgadores não iniciarem o processo com uma ideia pré-concebida de que o acusado cometeu o delito que lhe está sendo imputado</u>; o ônus da prova está a cargo de quem acusa, e não do acusado, e qualquer dúvida deve ser usada em benefício do réu; a <u>demonstração confiável de culpabilidade constitui um requisito indispensável para a sanção penal;</u>

No caso concreto, existia no Chile uma lei antiterrorista que, de forma geral, exigia uma especial intenção terrorista do agente. Essa intenção, segundo a Corte, estava presumida em determinados tipos penais. Para o Tribunal Interamericano, tal presunção implicaria numa mudança da carga da prova. Acusado de determinada conduta de forma objetiva, recaía sobre os ombros do agente a obrigação de provar ausência de intenção terrorista.

A Corte vai além. Esclarece que tal presunção viola o direito a não ser discriminado. Tal se daria, visto que o julgador já recebe o caso de um “terrorista”, e não de uma pessoa acusada de um ato terrorista.



<p>Igualdade e Não Discriminação nas Garantias Judiciais (artigo 8.1, 8.2.f e 8.2.h) da Convenção);</p>	<p><u>Recurso deve ser ordinário, acessível e eficaz:</u> deve permitir um exame ou revisão integral da sentença recorrida; deve estar ao alcance de toda pessoa condenada; e deve respeitar as garantias processuais mínimas: a) Recurso ordinário: o direito de interpor um recurso contra a sentença deve ser garantido antes que a sentença adquira a qualidade de coisa julgada, pois busca proteger o direito de defesa, evitando que se firme uma decisão adotada em um procedimento viciado, contendo erros que trarão prejuízo indevido aos interesses de uma pessoa; Recurso acessível, sem maiores complexidades; as formalidades requeridas para sua admissão devem ser mínimas e não devem constituir um obstáculo para que o recurso cumpra com sua finalidade de examinar e resolver as reclamações sustentadas pelo recorrente; b) Recurso eficaz: não basta a existência formal do recurso, este deve permitir que se obtenham resultados ou respostas, conforme a finalidade para a qual foi concebido, deve constituir um meio adequado para a correção de uma condenação equivocada. Recurso que permita uma análise ou revisão integral da sentença recorrida: [...]. Portanto, deve permitir que se analisem as questões fáticas, probatórias e jurídicas em que se baseia a sentença impugnada, posto que na atividade jurisdicional existe uma interdependência entre as determinações fáticas e a aplicação do direito, de forma tal que uma determinação equivocada dos fatos implica em uma incorreta ou indevida aplicação do direito.</p> <p>Recurso que respeite as garantias processuais mínimas: os regimes recursais devem respeitar as garantias processuais mínimas que, segundo o artigo 8 da Convenção, são pertinentes e necessárias para resolver as reclamações expostas pelo recorrente, sem que isso implique na necessidade de realizar um novo juízo oral.</p>
---	--

No caso concreto, a igualdade perante a lei foi avaliada sob três perspectivas: a) direito a ser julgado por um juiz imparcial; b) direito a interrogar testemunhas; c) direito ao recurso.

Sobre a imparcialidade do juiz, primeiro avaliou a aplicação seletiva da lei antiterrorista. Dentre muitos dados, a própria corte deu papel de destaque para o Relator Especial:



No obstante, la Corte toma particularmente en cuenta la información contenida en los “comentarios del Estado de Chile al informe de la visita del Relator Especial” sobre promoción y protección de derechos humanos en la lucha contra el terrorismo, según la cual entre el 2000 y el 2013 **“el Ministerio Público ha formalizado un total de 19 causas bajo la Ley Antiterrorista, de las cuales 12 se relacionan a reivindicaciones de tierras de grupos mapuche”¹⁰**.

Mas, no final, entendeu que não havia elementos suficientes para reconhecer o uso seletivo da Lei Antiterrorista.

Entretanto, foi o uso de estereótipos que convenceu a Corte a reconhecer a violação da imparcialidade do julgador. Dentre outras passagens, cita a seguinte:

Los ilícitos antes referidos están insertos en un proceso de recuperación de tierras del pueblo mapuche, el que se ha llevado a efecto por vías de hecho, sin observar la institucionalidad y legalidad vigente, recurriendo a acciones de fuerza previamente planificadas, concertadas y preparadas por grupos exacerbados que buscan crear un clima de inseguridad, inestabilidad y temor en diversos sectores de la octava y novena regiones. Estas acciones se pueden sintetizar en la formulación de exigencias desproporcionadas, hechas bajo presión por grupos beligerantes a los dueños y propietarios, a quienes se les advierte que sufrirán diversos tipos de atentados en caso de no acceder a sus requerimientos, muchas de estas amenazas se han materializado mediante ataques a la integridad física, en acciones de robo, hurto, incendio, daños y ocupaciones de tierras, que han afectado tanto a los individuos y bienes de diversas personas dedicadas a las actividades agrícolas y forestales de esta zona del país¹¹.

Diante disso:

Corte considera que la **sola utilización de esos razonamientos que denotan estereótipos y prejuicios** en la fundamentación de las sentencias configuraron una violación del principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley, consagrados en el artículo 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento¹².

¹⁰ OEA. Corte Interamericana De Derechos Humanos. **Caso Norín Catrimán vs. Chile**. Sentença. Par. 227.

¹¹ OEA. Corte Interamericana De Derechos Humanos. **Caso Norín Catrimán vs. Chile**. Sentença. Par. 227.

¹² OEA. Corte Interamericana De Derechos Humanos. **Caso Norín Catrimán vs. Chile**. Sentença. Par. 228.



Outro aspecto importante da igualdade e não discriminação é o tratamento dado à defesa no que se refere ao direito de interrogar testemunhas. Os processos penais funcionaram com testemunhas reservadas. As defesas questionaram a limitação. Foram autorizadas a saber quem eram, desde que não revelassem aos defendidos. Não aceitaram.

A Corte reconhece que, em algumas investigações, o que é o caso do terrorismo, o Estado pode e deve colocar restrições à testemunha. Mas entende, por outro lado, que a atuação da defesa pode e deve questionar a credibilidade e confiança do testemunho. No embate entre reserva de identidade de testemunha e direitos de defesa, entendeu que a autoridade judicial deve conhecer a identidade da testemunha, de modo a poder observar seu comportamento. A defesa, por sua vez, deve ter ampla oportunidade de perguntar, observar o comportamento, mas está vedado fazer perguntas sobre identidade e paradeiro atual. E, acima de tudo, a condenação não pode estar baseada exclusivamente no depoimento dela, sem uma avaliação do contexto probatório.

No caso concreto, o pedido de reserva de identidade feito pelo MP e deferido pelo juízo não continha motivação concreta, e só levou em consideração a natureza, as características e as circunstâncias do fato. Ou seja, não houve um controle judicial e efetivo, ao não brindar critérios razoáveis para justificar a necessidade da medida.

E, no caso de *Ancalaf Llaupe*, as testemunhas reservadas foram essenciais para a condenação:

Las pruebas por las que se concluyó de forma “suficiente” sobre la participación del señor Ancalaf Llaupe en los hechos por los que fue condenado son cuatro declaraciones testimoniales, tres de las cuales fueron rendidas por testigos con reserva de identidad, a las que no tuvo acceso su defensa. Ello significa que se asignó a las declaraciones de testigos con identidad reservada un peso decisivo que es inadmisibile en virtud de los argumentos oportunamente expuestos¹³.

Por fim, o direito à igualdade e à não discriminação no recurso judicial.

¹³ OEA. Corte Interamericana De Derechos Humanos. **Caso Norín Catrimán vs. Chile**. Sentença. Par. 259.



<p>Direito à liberdade pessoal referente à prisão preventiva (artigos 7.1, 7.3, 7.5 e 8.2 da Convenção Americana);</p>	<p>Prisão Preventiva. 1. Regra Geral: Combinação do art. 7.5 com o art. 8.2 da CADH. Norma geral é a liberdade até que se resolva sobre sua responsabilidade ante o estado jurídico de inocente;</p> <p>2. Excepcionalmente, o Estado poderá recorrer à prisão preventiva que ponha em perigo os fins do processo.</p> <p>3. A medida é de caráter excepcional e deve respeitar os princípios de presunção de inocência, legalidade, necessidade e proporcionalidade numa sociedade essencialmente democrática.</p> <p>Além de observar as seguintes características:</p> <ul style="list-style-type: none">- Ser uma medida cautelar e não punitiva: deve estar dirigida para alcançar fins legítimos e razoavelmente relacionados com o processo penal em curso. Não pode transformar-se em uma pena antecipada, nem se basear em fins preventivos gerais ou especiais atribuíveis à pena.- Deve fundar-se em elementos probatórios suficientes que permitam supor razoavelmente que a pessoa submetida ao processo tenha participado do ilícito investigado. Para a Corte, a suspeita tem que estar fundada em fatos específicos, o Estado não deve deter para depois investigar, pelo contrário, apenas está autorizado a privar uma pessoa de liberdade quando alcançar o conhecimento suficiente para poder levá-la a juízo.-Estar sujeita a revisão periódica: A Corte ressaltou que não deve ser prolongada quando não subsistam as razões que motivaram sua adoção. Ademais, observou que as autoridades nacionais são responsáveis por valorar a pertinência ou não da manutenção das medidas cautelares que emitem conforme seu próprio ordenamento.- Devidamente motivada: Ao realizar essa tarefa, essas autoridades devem oferecer fundamentos suficientes que permitam conhecer os motivos pelos quais se mantém a restrição da liberdade;-Não arbitrária: o que implica que a lei e sua aplicação devem respeitar os seguintes requisitos: a) Finalidade compatível com a Convenção: a finalidade das medidas que privem ou restrinjam a liberdade deve ser compatível com a Convenção (par. 311.a supra).(...) Neste sentido, a Corte indicou, reiteradamente, que as características pessoais do suposto autor e a gravidade do delito a ele imputado não são, por si só, justificativas suficientes da prisão preventiva. Além disso, destacou que o perigo processual não se presume, mas deve-se realizar sua verificação em cada situação, fundada em circunstâncias objetivas e certas do caso concreto.
--	---



	<p>b) Idoneidade: as medidas adotadas devem ser idôneas para cumprir com o fim perseguido.</p> <p>c) Necessidade: devem ser necessárias, isto é, é preciso que sejam absolutamente indispensáveis para conseguir o fim desejado e que não exista uma medida menos gravosa em relação ao direito interposto entre todas aquelas que possuem a mesma idoneidade para alcançar o objetivo proposto. Desta maneira, ainda quando se tenha determinado os elementos probatórios suficientes que permitam supor a participação no ilícito (par. 311.b supra), a privação de liberdade deve ser estritamente necessária para assegurar que o acusado não impedirá os fins processuais.</p> <p>d) Proporcionalidade: devem ser estritamente proporcionais, de tal forma que o sacrifício inerente à restrição do direito à liberdade não seja exagerado ou desmedido diante das vantagens que se obtém com tal restrição e o cumprimento da finalidade perseguida.</p> <p>e) Motivação Suficiente. Qualquer restrição à liberdade que não contenha motivação suficiente que permita avaliar se ajusta-se às condições apontadas será arbitrária e, portanto, violará o artigo 7.3 da Convenção. Deste modo, para que se respeite a presunção de inocência, ao ordenar as medidas cautelares restritivas de liberdade, é preciso que o Estado fundamente e comprove, de maneira clara e motivada, de acordo com cada caso concreto, a existência dos referidos requisitos exigidos pela Convenção.</p>
--	---

No caso da prisão preventiva, a Corte entendeu que no caso de Víctor Ancalaf, não havia fatos suficientes sobre a participação nos delitos; que a indisponibilidade do inquérito policial durante a etapa processual não foi uma medida necessária para proteger a informação da investigação; e que, por isso, seus direitos de defesa foram afetados, em especial por não conhecer nenhuma ação ou provas que justificassem sua prisão.

Outro ponto importante foi quando reconheceu que o fim de impedir a liberdade do imputado resultaria “perigoso para a segurança da sociedade”, vez que possui um sentido aberto que pode permitir decisões em desacordo com a Convenção Americana.

A falta de motivação, agravada pelo segredo no momento investigativo, e sumária, impediu que a defesa conhecesse as



razões judiciais de manutenção da prisão preventiva, bem como que apresentasse provas.

A decisão não valorou o fato de que o acusado havia se apresentado espontaneamente quando foi intimado a prestar declarações.

E, quando era necessário revisar a medida restritiva, o sistema de justiça limitou-se a afirmar que não havia novos antecedentes que revisar, nem que permitiam presumir que houve qualquer variação das circunstâncias que levaram à prisão.

A prisão preventiva de Víctor Ancalaf Llaupe também não foi determinada para alcançar um fim legítimo, pois nos autos processuais não há referência à necessidade de privação de liberdade nem à finalidade que se buscava no caso concreto.

<p>Liberdade de pensamento e expressão, direitos políticos, direito à integridade pessoal e direito à proteção da família (artigos 13, 23, 5.1 e 17 da Convenção Americana).</p>	<ul style="list-style-type: none">- o artigo 13 da CADH protege o direito a buscar, receber e difundir informações de toda índole;- a liberdade de expressão tem uma dimensão individual e uma dimensão social das quais de depreende uma série de direitos;- a dimensão individual da liberdade de expressão compreende o direito a utilizar qualquer meio apropriado para difundir opiniões, ideias e informação, além de fazer chegar ao maior número de destinatários; assim a expressão e a difusão são ideias indivisíveis;
--	---

No caso concreto, a Corte constatou que, como **autoridades tradicionais do Povo Indígena Mapuche**, os senhores Norín Catrimán, Pichun Paillalao e Ancalaf Llaupe possuem um papel determinante na comunicação dos interesses e na direção política, espiritual e social de suas respectivas comunidades.

Assim, a imposição de uma pena acessória consistente em vedação a participar de difusão de opiniões, ideias e informação limitaria o exercício das suas funções como líderes ou representantes de sua comunidade.

No que concerne à sua dimensão social, há também uma violação à liberdade de expressão e de pensamento, uma vez que a vedação implica do acesso de todos para conhecer as opiniões, relatos e notícias por terceiros.



Por fim, a decisão cita o “efeito intimidador ou inibidor do exercício da liberdade de expressão”, derivado da condenação na Lei Antiterrorista. Trata-se do temor que a sentença penal condenatória pode causar ao ser submetida a uma sanção civil, penal desnecessária e desproporcional. Fatos que podem levar à autocensura.

No presente caso, o Tribunal considera que a forma em que foi aplicada a Lei Antiterrorista aos membros do Povo Indígena Mapuche poderia ter provocado um **temor razoável em outros membros desse povo envolvidos em ações relacionadas ao protesto social e à reivindicação de seus direitos territoriais** ou naqueles que eventualmente desejarem participar desta¹⁴;

Mas não reconheceu a pena acessória de restrição à liberdade de expressão como censura prévia.

A decisão passa então a avaliar **os direitos políticos e da conviência familiar**. Sobre os primeiros, são os fatos:

Aos senhores Segundo Aniceto Nórín Catrimán, Pascual Huentequeo Pichún Paillalao e Víctor Manuel Ancalaf Llaupe foram impostas penas acessórias restritivas de seus direitos políticos, segundo o estabelecido nos artigos 28 do Código Penal e 9 da Constituição Política. Às outras cinco supostas vítimas, os senhores Juan Patricio Marileo Saravia, Florencio Jaime Marileo Saravia, José Benicio Huenchunao Mariñán, Juan Ciriaco Millacheo Licán e a senhora Patricia Roxana Troncoso Robles, foram aplicadas **somente penas acessórias, também restritivas de seus direitos políticos, previstas no artigo 28 do Código Penal**¹⁵.

Decidiu o Tribunal Interamericano que:

[...] o exercício efetivo dos direitos políticos constitui um fim em si mesmo e, por sua vez, um meio fundamental das sociedades democráticas de garantir os demais direitos humanos previstos na Convenção, a Corte considera que, nas circunstâncias do presente caso, a imposição das referidas penas acessórias – nas que se afetam o direito ao sufrágio, a participação na direção de assuntos públicos e o acesso às funções públicas, inclusive **com caráter absoluto e perpétuo ou por um prazo fixo e p e prolongado (quinze anos)** – é

¹⁴ OEA. Corte Interamericana De Derechos Humanos. **Caso Norín Catrimán vs. Chile**. Sentença.Par.376.

¹⁵ OEA. Corte Interamericana De Derechos Humanos. **Caso Norín Catrimán vs. Chile**. Sentença. Par.381.



contrária ao princípio de proporcionalidade das penas (par. 374 supra) e constitui uma **gravíssima violação dos direitos políticos** [...]¹⁶.

Estabelecidos os estândares para o caso Norín Catrimán, passamos ao estudo de casos concretos em que a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro atuou a fim de verificar se é hipótese de violação ou não dos estândares estabelecidos pela Corte IDH.

4. ANÁLISE DOS CASOS CONCRETOS

CASO 1: CRIMINALIZAÇÃO DO PROTESTO EM GOIÂNIA

Resumo dos Fatos: no contexto das reformas trabalhista e previdenciária do ano de 2017, a reação da polícia militar do Estado de Goiás foi filmada e difundida pelas redes sociais. O comandante da operação processou por dano moral todos aqueles que difundiram imagens. Um deles era morador de uma cidade da Baixada Fluminense e foi procurar a Defensora Pública para confeccionar sua defesa.

1 - PRIMEIRA VIOLAÇÃO: No mês de abril de 2017, cidadãos em exercício de seu direito de protesto compareceram às ruas da Cidade de Goiás/GO para, legitimamente, externar sua insatisfação com as reformas trabalhista e previdenciária. Em uma reação desproporcional por parte do governo Estadual, policiais militares foram enviados com o objetivo de silenciar as vozes dissonantes à reforma política em pauta, dispersando violentamente a população em marcha pacífica. **Tal investida foi elaboradora e comandada pelo autor da ação sem as devidas cautelas (RELINT)**¹⁷.

¹⁶ OEA. Corte Interamericana De Derechos Humanos. **Caso Norín Catrimán vs. Chile**. Sentença.Par.383.

¹⁷ Trata-se de Relatório de Inteligência (RELINT) do Serviço Reservado da Polícia Militar produzido anteriormente à realização da manifestação, onde confia-se que foram devidamente identificadas as características e peculiaridades do objetivo da operação deflagrada e Plano de Ação Operacional para promover a segurança do evento e a contenção de eventuais embates com o uso moderado da força para aquilatar a responsabilização pelo fracasso de tal desiderato, bem como procedimentos disciplinares em reparação e não repetição de danos.



2 - SEGUNDA VIOLAÇÃO: Em meio ao caos promovido pela polícia militar, ocorreu uma série de violações do direito de integridade física de incontáveis cidadãos¹⁸, culminando, inclusive, **na trágica imagem de um rapaz sendo espancado na frente por um cas-setete**. O ato de violência perpetrado por um policial militar sob o comando do autor da ação em pauta, ao ser exposto nas redes sociais, é a marca indelével do autoritarismo que se quer difundir.

3 - TERCEIRA VIOLAÇÃO: Em que pese a gravidade das duas violações apontadas, não se observou na mídia tradicional a devida cobertura jornalística dos crimes praticados contra os cidadãos, o que potencializou a pulverização da notícia nas mídias sociais. Nesse sentido, a liberdade de expressão, na sua dimensão social, encontrou ambiente na internet, que por sua natureza e dicção legal no país – a MCI-Lei 12965/14, é espaço válido para a expressão segura da opinião e da vontade popular em um desdobramento virtual da manifestação física que ocorria na cidade de Goiás. **A imediatidade do controle cidadão durante o protesto se fez pela via da internet.**

4 - QUARTA VIOLAÇÃO: Versa sobre **o direito fundamental à intimidade de dezenas de pessoas que curtiram/compartilharam informações** inerentes aos abusos que ocorreram em Goiás – Direito também protegido pelo MCI – Lei 12.965/14. Mesmo que o fato apresentasse relevância como ilícito penal/cível, o que incorre no caso vertente, a identificação de eventuais responsáveis necessitaria da implementação procedimental prevista no ordenamento jurídico. **Há fundado receio de que tal procedimento não existiu; a vulnerabilidade do Réu diante da exposição de seus dados pessoais causa espécie.** A ocupação de cargo relevante pelo Autor sugere que a identificação do réu pode ter ocorrido através de consulta às fontes fechadas de informação, como o INFOSEG, por exemplo, o que conduz à conclusão de que o Autor da Ação, ou alguém sob seu comando, pode

¹⁸ O alinhamento editorial dos meios de comunicação com o governo majoritário encobria a abordagem violenta da PM e, ademais, atribuía aos próprios manifestantes a sua autoria – ver Protesto de “terroristas” motivou agressão a estudante em Goiás, diz militar (theintercept.com)



ter acessado dados restritos para fins privados, desbordando a finalidade do ato de concessão de login/senha para acesso a tais informações (a questão foi levantada nos autos em sede de Reconvenção e provas requeridas).

A violência empregada contra os manifestantes, após a violação do sigilo dos dados telemáticos e a ação cível por danos, está expressada numa sequência de violações da liberdade de expressão em sua dupla dimensão (individual e social), e coloca em pauta o papel do Poder Judiciário como última forma de contenção do arbítrio estatal.

CASO 2: INVESTIGAÇÃO CRIMINAL, PROCESSO PENAL COM PERSPECTIVA RACIAL

Resumo dos Fatos: trata-se de uma acusação de homicídio de um menino de 8 anos na cidade de Duque de Caxias. Consta que a mãe chega em casa e encontra seu filho de sete anos com hematoma no olho e um fio enrolado no pescoço. No IP junta-se uma informação de um Disque Denúncia de que umas pessoas que pertenceriam a uma casa espírita teriam matado o menino num ritual de magia negra. Depois, em um depoimento de “ouvir dizer”, nunca repetido em juízo, uma pessoa teria dito que viu um homem com vestimentas de santo andando em frente à casa onde estaria o menino no momento da morte. A casa espírita era um terreiro. As testemunhas que prestaram depoimento em juízo eram evangélicas e não se lembravam de nada. Ainda assim o acusado ficou preso por longos 5 anos. E o MP pediu absolvição ao final.

A acusação: o MP sustenta a acusação com base nos testemunhos, que teriam visto o acusado, que usava um QUELÉ, na frente da casa da mãe da vítima, pouco tempo antes de encontrarem o menino morto. Em depoimento na delegacia, na qualidade de testemunha, o acusado disse que passou pela casa, depois do almoço, para ligar de um orelhão para a esposa que estava em Niterói. A empresa informou que não arquivava as ligações. Até aqui as testemunhas teriam visto o acusado que usava “roupa de macumba” em frente à casa da vítima. A denúncia ainda apontava a mãe da criança e o motivo, que seria “magia negra”.



A prisão preventiva: a decisão limitou-se a reconhecer de forma genérica a existência dos requisitos:

Tendo em vista o que dos autos consta, SUSPENDO o processo e o curso do prazo prescricional quanto ao acusado, que, **citado por editais, não compareceu aos termos do processo**, o que faço nos termos do art. 366 do CPP. Outrossim, em estando presentes os requisitos do art. 312 do CPP, DECRETO A PRISÃO PREVENTIVA do Réu, isto, em especial, para tornar possível a realização da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal.

Fatos estes que geraram a seguinte manifestação da Defesa:

Cumpra esclarecer, em primeiro lugar, que V. Exa. viola o direito do acusado a ser custodiado preventivamente com base numa decisão que observe não só os requisitos legais, mas especialmente, que eles se construam a partir de fatos concretos do processo. Senhor juiz, decidir a prisão preventiva, medida cautelar processual (ainda não há nenhuma decisão de culpabilidade neste processo), com base em afirmações genéricas, sem apontar qual o real perigo do acusado para o processo, é violar o art. 312 do CPP, além da nossa já tão violada Constituição da República. Vossa Excelência apenas assume que estão presentes os requisitos do art. 312 do CPP, sem, contudo, definir de que requisitos está falando e qual seria sua correspondência ao fato concreto¹⁹!

Os **direitos de defesa** do acusado: ele comparece à Delegacia para prestar depoimento após ser intimado. Dá sua versão dos fatos, afirma que está de acordo com a de outras testemunhas, inclusive daquelas que o tinham visto com roupa de macumba na frente da casa. A decisão e o indiciamento ocorrem mais de 4 anos depois dos fatos. Em nenhum momento ele foi informado de que estava sendo apontado como possível autor de um delito.

Tanto a decisão de indiciamento, a denúncia e a pronúncia determinadas num processo cujo acusado não foi encontrado violam direito ao contraditório e à ampla defesa que, no caso do júri, é plena!

¹⁹ Ver Resposta à Acusação apresentada pela Defensoria Pública nos autos do processo nº 0020060-19.2006.8.19.0021.



Ao cercear a liberdade de acusado, o juiz o impediu de exercer seu direito a produzir provas e deixa livre a outra parte do processo, o MP, que tem toda a estrutura da prova de acusação.

Neste sentido, a liberdade do acusado apresenta relação direta com seu direito à prova, ou, nas palavras de SAMPAIO:

[...] a garantia da efetividade do direito à prova, oriundo de um processo dialético e que as partes possuirão, efetivamente, maior força probatória e argumentativa.

Mais adiante:

Com a indicação de um processo com natureza acusatória e a garantia de exercício pleno do **direito a defender-se provando** afasta-se a característica passiva da defesa, reservando à mesma atos de desenvolvimento das suas próprias indagações paralelamente à atuação da polícia e do Ministério Público, objetivando um contrassenso da paridade de direitos e poderes entre a acusação e a defesa no campo da produção de provas, pelas características próprias do sistema acusatório²⁰.

A defesa segue questionando que o Juízo não esclareceu por que a restrição da liberdade era a medida mais adequada, ou seja, por que outras medidas cautelares seriam infrutuosas.

Sobre a prova da participação, questionou-se que a investigação foi toda baseada em *hersay testimony*: assenta-se sobre o depoimento de que a testemunha teria visto alguém com um colar que seria o do acusado por volta das 14h, mas não estava com relógio. Mais à frente, a mesma testemunha disse que viu alguém com roupa de macumba: calça capri branca, camisa branca e turbante branco na cabeça. Afirma que viu o acusado por volta das 14h e logo após saiu a notícia de que o menino havia sido assassinado. Mas outra testemunha afirma que viu o menino por volta das 15h30min, e que a notícia da morte saiu umas 16h.

Além disso, fato mais grave, e que consta da denúncia, é que a motivação teria sido fornecida por uma testemunha que

²⁰ SAMPAIO, Denis. Reflexões sobre a investigação defensiva: possível renovação da influência italiana pós "Codigo Rocco" sobre a *indagine difensiva*. In: MALAN, Diogo e MIRZA, Flávio (coord.). **Advocacia Criminal**. Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2014, p.104.



ouviu de uma outra pessoa que, por sua vez, teria ouvido uma entidade **falar num determinado terreiro à Vera sobre sacrificar um de seus filhos para ficar rica** – dentro de um terreiro de Candomblé! A pessoa que ouviu a entidade que falou, o “cavalo” ou o médium, não foi apontada no inquérito policial.

Inquérito este, aliás, que deixa claro **o nível de preconceito da polícia Judiciária com as religiões de matrizes africanas**, consequência do racismo estrutural que acomete nossas instituições²¹.

Pedida a Revogação da Prisão Preventiva, decidiu o juiz:

Razão não assiste à defesa, tal como formulado em sua respectiva peça, pois, não houve qualquer alteração do quadro fático ou probatório, permanecendo inalterados o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, bem como os requisitos da custódia cautelar, como já decidido às fls. 104 e 171, não havendo mudança do quadro fático-probatório em relação ao acusado, há que se manter a prisão cautelar do mesmo [...]”²².

Para o MP, na fase de pronúncia, a autoria do acusado no crime de homicídio “restou suficientemente demonstrada pelo depoimento, tanto em sede policial, quanto em juízo, das testemunhas”. Atenção: nenhuma delas havia visto o acusado entrar na casa, não sabiam os horários, não se sabe o horário de morte da vítima, não havia motivo plausível!

No dia do julgamento, o MP pediu absolvição, assim decidiram os jurados.

5. CONCLUSÕES FINAIS

Num país de proporções continentais como o Brasil, convivem inúmeras sociedades dentro do território, com linguajar, cultura, modos bem diferentes de ver o mundo. E, nessas mesmas

²¹ SAMPAIO, Denis. Reflexões sobre a investigação defensiva: possível renovação da influência italiana pós “Codigo Rocco” sobre a *indagine difensiva*. In: MALAN, Diogo e MIRZA, Flávio (coord.). **Advocacia Criminal**. Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2014, p.104.

²² TJRJ. Tribunal do Júri da Comarca de Duque de Caxias. processo nº 0020060-19.2006.8.19.0021.



sociedades, grupos historicamente excluídos dos espaços de poder e que convivem de forma submissa a outros grupos.

Em geral, vivem numa situação política, econômica e social abaixo do resto da população. Uma situação típica da América Latina. Países como Chile e Brasil, por exemplo, convivem com a miséria e a exclusão dos povos originários ou com os escravizados.

E, tendo como ferramenta de opressão o próprio Sistema de Justiça. Fato que fica demonstrado no caso *Norín Catrimán e outros vs. Chile*. No contexto dos protestos pelos direitos do povo Mapuche, suas lideranças foram presas, processadas e condenadas com base na Lei Antiterrorista do Chile.

Fatos estes observados pela filósofa Miranda Fricker no que chamou de “Injustiça Epistêmica”. Trata-se da injustiça praticada contra grupos vulneráveis pelo Sistema de Justiça; onde se desconfia da palavra dos outros, é necessário observar duas virtudes intelectuais: a justiça testemunhal e a justiça hermenêutica.

Exatamente o que aconteceu no caso dos Mapuche no Chile e nos casos que envolvem, no Brasil, pessoas descendentes de escravizados e pessoas pobres.

No caso do Estado de Goiás, o autor da demanda, usando de seu privilégio ante o posto que tinha na persecução penal, teve acesso a dados sigilosos e pôde processar por dano moral inúmeras pessoas que exerciam seu direito à livre circulação de informações.

Em outro caso, no homicídio de um menino de 8 anos, o pertencimento a uma religião de matriz africana, confundida com “magia negra” e com rituais de matança, gerou a criminalização de uma pessoa mesmo que a sua fala e das testemunhas, e a prova técnica, não dessem conta de quem haveria de ter cometido o delito, se é que houve delito.

Casos que demonstram como o Sistema de Justiça atua com preconceito em relação a grupos historicamente excluídos, e como a defesa prestada pela Defensoria Pública deve agir, trazendo aos autos esta situação concreta de injustiça epistêmica.



REFERÊNCIAS

- BRASIL. TJRJ. 4ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias, RJ. Processo nº 0020060-19.2006.8.19.0021
- FISS, OWEN. **Grupus y Clausula de Igual Protección**. Disponível em: *PM_Grupos_y_la_Cl_usula_de_la_igual_protecci_n.pdf (patriciamagno.com.br). Acesso em 20 fev. 2024.
- FRICKER, Miranda. **Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing**. New York: Oxford University Press, 2007.
- KUHNEN, Tânia Aparecida. FRICKER, Miranda. *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*. New York: Oxford University Press, 2007. **Princípios: Revista de Filosofia (UFRN)**, [S. l.], v. 20, n. 33, p. 627–639, 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/principios/article/view/7531>. Acesso em: 31 mar. 2024.
- OEA. Corte Interamericana De Derechos Humanos. **Caso Norín Catrimán Y Otros (Dirigentes, Miembros Y Activista Del Pueblo Indígena Mapuche)** vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Disponível em: *seriec_279_esp.pdf (corteidh.or.cr). Acesso em: 20 fev. 2024.
- OEA. . Corte Interamericana De Derechos Humanos. **Caso Norín Catrimán vs. Chile**. Sentença Traduzida. Disponível em: 142788b09442cde14d1b005c1920ccc0.pdf (cnjus.br). Acesso em: 31 mar. 2024.
- OLLIVEIRA, Cecília. PM que chamou manifestante de terrorista em Goiás é acusado de execução, ameaçar juiz e mais. **The Intercept Brasil**. Disponível em: PM que chamou manifestante de terrorista em Goiás é acusado de execução, ameaçar juiz e mais | Intercept Brasil. Acesso em: 31 mar. 2024.
- SABA, Roberto. (Des)Igualdad estructural. In: Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.). **El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario**, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.
- SAMPAIO, Denis. Reflexões sobre a investigação defensiva: possível renovação da influência italiana pós “Codigo Rocco” sobre a *indagine difensiva*. In: MALAN, Diogo e MIZRA, Flavio (coord.). **Advocacia Criminal**. Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2014.



AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA TODOS OS DIAS, EM TODOS OS CASOS: CONDIÇÃO PARA GARANTIA DOS DIREITOS DA PESSOA PRESA

*CUSTODY HEARINGS EVERY DAY, IN ALL
CASES: NECESSARY FOR GUARANTEEING
DETAINEES' RIGHTS*

Mariana Castro de Matos¹

Resumo: a realização de audiências de custódia em todos os dias do ano, para todas as pessoas presas, implementada no Rio de Janeiro em 2021, é essencial para que diversos de seus direitos sejam garantidos, e a Defensoria Pública tem papel fundamental.

Palavras-chave: audiências de custódia; direitos dos presos; estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário.

Abstract: holding custody hearings every day of the year, for all detainees, which was established in Rio de Janeiro in 2021, is capital for guaranteeing several of their rights, and the Public Defenders Office has a major role in the task.

Keywords: custody hearings; detainees' rights; unconstitutional state of affairs in prisons.

1. INTRODUÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO BRASIL

A previsão de audiências de custódia no Direito brasileiro se deu, inicialmente, com o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP) e com a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH, ou Pacto de São José da Costa Rica), internalizados, respectivamente, pelos Decretos nº 592 e 678, ambos de

¹ Defensora Pública no Estado do Rio de Janeiro.



1992. Trazem previsões análogas, transcrevendo-se, então, por todos, a do art. 7º, 5 da Convenção:

Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

A imediata apresentação da pessoa presa em audiência, então, visa permitir que se afira a legalidade e necessidade daquela prisão, pondo desde logo o indivíduo em liberdade em caso de prisão ilegal ou desnecessária, bem como verificar indícios da ocorrência de tortura contra a pessoa detida – nessa linha, o Comitê Europeu para Prevenção da Tortura (CPT), há anos e reiteradamente, observa que “em sua experiência, o período de maior risco de intimidação e maus-tratos é justamente o período imediatamente após a privação da liberdade” (12º Relatório Geral do CPT, *in*: Foley, 2011).

O direito à apresentação em audiência de custódia é, portanto, intimamente ligado aos direitos a não ser submetido a prisão ou detenção arbitrários², e a não ser submetido a tortura ou tratamento desumano ou degradante³. Permite, ainda, efetivar as garantias da pessoa presa a ter conhecimento dos termos da acusação contra si formulada, bem como ter acesso a defesa técnica – seja pela Defensoria Pública ou por advogado⁴.

A despeito da relevância desses direitos, porém, desde que previstas na legislação, houve grande recalcitrância em sua implementação pelos tribunais Brasil afora, tendo sido necessário que, em 2015, o Supremo Tribunal Federal (STF), em julgamento de medida cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347, determinasse:

² Art. 5º, LIV, LXI e LXV da Constituição Federal, art. 7º, 3 da CADH, art. 9º, 1 do PIDCP.

³ Art. 5º, III da Constituição, Art. 5º, 1 e 2 da CADH, Art. 7º do PIDCP.

⁴ Art. 5º, LV, LXIII, LXIV e LXXIV da Constituição, Art. 7º, 4 da CADH, Art. 9º, 2 do PIDCP.



aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão.

A regulamentação inicial veio também em 2015, pela Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Observa-se, portanto, que, por cerca de 23 (vinte e três) anos, o Poder Judiciário pátrio, em sua maioria, simplesmente ignorou previsão de direito fundamental contida em tratados ratificados pelo Estado brasileiro, sob argumentos que perpassavam por custos de implementação, logística de apresentação dos presos, princípio da legalidade – como se tratados ratificados e internalizados não tivessem força passiva de lei – e garantia do juiz natural, pontos que, por fugirem à temática do presente artigo, não serão abordados aqui.

Como pano de fundo, porém, frequentemente, como observado pelo STF na mencionada ADI 347, a desumanização da pessoa presa, vista por parte da sociedade e mesmo do Judiciário como sempre culpada da prática de um delito, mesmo antes da apuração segundo o devido processo legal, e, como tal, um inimigo não titular de direitos. Assim, eventual violação destes não geraria qualquer necessidade de apuração – daí, inclusive, o estado de coisas inconstitucional verificado em nosso sistema carcerário. Asseverou o Ministro Relator, Min. Marco Aurélio Mello, no julgamento da mencionada cautelar, transcrita já no julgamento de mérito (p. 9):

no sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. (...) Os presos tornam-se “lixo digno do pior tratamento possível”, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre.

E resumiu: “o tema é sensível. Não agrada à opinião pública. Envolve grupo estigmatizado, cuja dignidade é tida como perdida” (p. 5).



Assim é, então, que a garantia ao direito fundamental a ser submetido a audiência de custódia se dá no país a passos lentos e com constante risco de retrocessos. Com efeito, além dos 23 (vinte e três) anos transcorridos entre sua previsão inicial e a manifestação do STF na medida cautelar na ADPF 347, apenas em 2019 foram elas previstas expressamente no Código de Processo Penal, através da Lei nº 13.964 (notadamente, arts. 287 e 310). Mais de um ano após, em final de 2020, o STF, na Reclamação nº 29.303, voltou ao tema, para aclarar que as audiências tinham de ser realizadas também em prisões decorrentes de cumprimento de mandado, e não unicamente em casos de flagrante.

Além disso, a pandemia de COVID-19 serviu de pretexto para que diversos estados da federação estabelecessem que as audiências seriam realizadas virtual, e não mais presencialmente, com chancela do Conselho Nacional de Justiça, materializada na Resolução nº 357/2020 – editada mesmo após tentativa da sociedade civil e de Defensorias Públicas, dentre elas a do Rio de Janeiro, de expor que a realização por videoconferência não é apta a assegurar os direitos da pessoa presa, notadamente por não se poder aferir, com segurança, se houve prática de tortura⁵. Embora o tema tenha sido também levado, pelas mesmas instituições, ao conhecimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, tem-se que, conforme dados da Associação para a Prevenção da Tortura (APT), em 2023, 68% das unidades de audiência de custódia no Brasil ainda mantinham o modelo virtual ou híbrido, mesmo não vigorando mais a pandemia.

Pelas recalcitrâncias e retrocessos, vê-se que a existência de previsões legais e decisões judiciais, mesmo da Corte Suprema, determinando a realização de audiências de custódia, embora essencial a que “saiam do papel”, não é, de maneira bizarra, suficiente a tanto. Diante do cenário, em verdade, demanda-se uma

⁵ O tema foi desenvolvido por mim enquanto Coordenadora do Núcleo de Audiências de Custódia da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, em artigo em coautoria com os Defensores Públicos Nathalia Parente de Azevedo, então Subcoordenadora do Núcleo, e Thiago de Luna Cury, à época coordenador do Núcleo Especializado de Situação Carcerária da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, intitulado “Audiências de custódia presenciais são as únicas dignas deste nome”, publicado em dezembro de 2020 no jornal *Le Monde Diplomatique*, disponível em <https://diplomatique.org.br/audiencias-de-custodia-presenciais-sao-as-unicas-dignas-deste-nome/>.



combinação de determinações da Corte Suprema a intensa articulação com todas as instituições envolvidas – Poder Judiciário, Defensoria Pública, Ministério Público, Polícias, Secretarias de Administração Penitenciária (SEAP) – para desenhar fluxos, estabelecer obrigações de cada parte e, ao final, obter a efetiva implementação das audiências de custódia no Brasil.

No estado do Rio de Janeiro, historicamente, a Defensoria Pública vem envidando esforços neste sentido. Assim foi, então, que o projeto piloto para os presos por crimes de competência da Justiça estadual se iniciou em 2015, na esteira da manifestação do STF na ADPF 347, apresentando-se em audiências de que participavam Magistrado, Promotor de Justiça e Defensor Público (ou advogado) os presos em flagrante em dias úteis, por procedimentos oriundos de apenas algumas das delegacias da capital.

Depois de mais dois anos de articulações, em 2017 foram as audiências estendidas para todas as prisões em flagrante ocorridas no estado. Após breve suspensão de sua realização entre março e 3 de agosto de 2020, em razão da necessidade de adaptação dos espaços de audiência a protocolos sanitários, ante a pandemia de COVID-19, em março de 2021, finalmente, as audiências passaram a ocorrer também para pessoas presas por mandado.

Atualmente, então, todas as pessoas presas no estado do Rio de Janeiro por acusações de competência da Justiça estadual, por qualquer título prisional, vêm sendo apresentadas em audiência de custódia, sempre presencialmente, em todos os dias da semana. A Defensoria Pública participa de 85% das audiências⁶.

2. DO POTENCIAL DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA PARA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS PESSOAS PRESAS

Como já indicado, a apresentação da pessoa presa, logo após a prisão, em audiência de que participem sua defesa técnica, um Magistrado e um Promotor de Justiça, possui potencial

⁶ Segundo dados do Relatório sobre o perfil dos réus atendidos nas audiências de custódia no período de agosto a dezembro de 2020, último disponível sobre o tema.



inestimável para assegurar a materialização de diversos direitos fundamentais direta e também indiretamente.

De início, garante-se o contato com seu defensor, que, em entrevista reservada realizada antes da audiência, informa à pessoa presa o teor da acusação contra si formulada, assegurando o cumprimento deste direito fundamental ainda que não o tenha sido quando dada voz de prisão – dados da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro indicam que este informe não é feito pela polícia em cerca de 30% dos casos⁷. Familiares do detido poderão ser contactados pela defesa também, a fim de informar sobre o cárcere.

Além disso, a defesa técnica, desde o início do processo, terá os detalhes do relato da pessoa acusada, quer sobre a imputação feita, quer sobre as circunstâncias da prisão, e com pormenores que serão lembrados quando a detenção tiver acabado de ocorrer, mas que podem se esvaír da memória caso os fatos só venham a ser narrados após algum tempo, mesmo alguns dias. Esta é, inclusive, uma das razões que torna relevante que a audiência de custódia se dê em todos os dias da semana, garantindo-se a observância do prazo legal.

O conhecimento da versão dos fatos propicia que se delinhe desde o início a linha defensiva a adotar e se identifiquem provas a produzir no curso da instrução, maximizando os direitos ao contraditório e à ampla defesa. Diminui-se, ainda, o risco de perda da chance probatória que poderia ocorrer quando só houvesse contato com o acusado após dias ou mesmo meses da prisão, e já não fosse mais possível produzir determinada prova, como é o caso de perícia cujos vestígios desapareçam, ou de imagens de câmeras que sejam apagadas após algum tempo.

De outro lado, a ciência das circunstâncias da prisão joga luz a potenciais ilegalidades que possam ter ocorrido e que poderão ser levadas ao conhecimento do Poder Judiciário já na audiência de custódia ou ao longo da instrução.

Na audiência em si, são avaliadas a legalidade e necessidade da prisão, evitando-se, assim, cenário em que indivíduo

⁷ Vide relatório supra.



permanecesse por meses ou mesmo anos detido de maneira violatória ao ordenamento jurídico, ou em situação em que fosse suficiente a aplicação de medida cautelar alternativa à prisão, na forma preconizada pelo Código de Processo Penal. Ao revés, apresentado em até 24 (vinte e quatro) horas em audiência de custódia, como preconiza a lei, neste prazo já pode ser posto em liberdade, se for verificado que é o caminho a seguir. A realização de audiências de custódia em todos os casos, e em todos os dias da semana, evita que detenções indevidas se prolonguem.

No prisma individual, então, tutela-se o direito à liberdade pessoal, e, no plano coletivo, as audiências atuam como fator de combate ao superencarceramento – como observado pelo STF no julgamento da ADPF 347 (p. 12), o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias indica que, de 2015, quando determinada a implementação das audiências, a 2019, houve redução no número de presos provisórios no país, passando o percentual de 41% para 29,75% da massa carcerária.

As violações à legalidade, mesmo, são várias, frequentemente atuando as agências de segurança em desacordo com a jurisprudência estabelecida do STF e também do Superior Tribunal de Justiça (STJ), como em afronta ao direito à inviolabilidade domiciliar, à inviolabilidade de dados, realizando reconhecimento *show up*, dentre outras situações. Com a audiência de custódia, a prisão pode imediatamente ser relaxada, cumprindo-se o art. 5º, LXV da Constituição Federal.

A prática das custódias de prisão por mandado indica, ainda, que há inúmeros casos de detenção baseada em ordens já cumpridas ou revogadas, bem como fundadas em acusações e penas prescritas. A constatação de tal cenário imediatamente evita, então, que a pessoa permaneça presa por mandado que não mais subsiste, embora, por falha, ainda conste dos sistemas como pendente de cumprimento.

Noutros casos, a violação a direito, além das consequências imediatas, propicia que haja outras afrontas ao ordenamento diferidas no tempo, e sua identificação já em audiência de custódia permite que se estabeleça o liame entre elas. Como exemplo, dados da mesma pesquisa da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro indicam que mais de 40% dos presos relatou,



em entrevista prévia à audiência, ter sido fotografado ou filmado quando da prisão – imagens estas, por sua vez, que podem ser utilizadas pela polícia em posterior procedimento de reconhecimento fotográfico, que vem sendo, no entanto, tido como ilegal pela jurisprudência, em decisões acertadas⁸.

Verificam-se, ainda, nas audiências, hipóteses de afronta a direito consagrado no ordenamento, mas ainda não cabalmente rechaçada pelos tribunais superiores, podendo, então, os dados que sejam coletados indicar a necessidade de adoção de posicionamento mais enérgico pela jurisprudência. É o caso de violações ao direito ao silêncio, que, segundo o mesmo relatório da Defensoria, ocorrem em mais de 60% das prisões no estado, não sendo dado o Aviso de Miranda pelos agentes que efetuam a captura. O Supremo analisará, com repercussão geral, no Recurso Extraordinário 1.177.984, se eventual confissão obtida nestes termos é ou não constitucional.

Das mais graves violações cuja ocorrência precisa ser aferida em audiência de custódia, porém, e que é a matriz de sua existência, junto com o direito a não ser submetido a prisão indevida, está a ocorrência de tortura.

Com efeito, como já indicado, o CPT aponta que um dos momentos em que o indivíduo está mais vulnerável à ocorrência de tortura é justamente aquele logo após a prisão. Infelizmente, a prática no Brasil confirma que é ela endêmica no país, tendo, no estado do Rio de Janeiro, mais de 30% das pessoas apresentadas em audiência de custódia relatado ter sofrido algum tipo de agressão por ocasião da prisão⁹. Dos casos de tortura que chegam à Defensoria Pública do estado, em nada menos que 99% deles a denúncia é recebida pelo Núcleo de Audiências de Custódia¹⁰. A situação foi verificada também pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, no Caso Favela Nova Brasília vs Brasil,

⁸ Vide, por todos, HC n. 598.886/STJ, HC n. 652.284/STJ, REsp n. 1.954.785/STJ, HC n. 712.781/STJ e RHC n. 206.846/STF.

⁹ Dados da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (Relatório sobre o perfil dos réus atendidos nas audiências de custódia no período de agosto a dezembro de 2020).

¹⁰ 4º Relatório sobre os registros de casos de tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, da mesma instituição.



asseverou que “de acordo com informações de órgãos estatais, a violência policial representa um problema de direitos humanos no Brasil, em especial no Rio de Janeiro” (§102).

A audiência de custódia, então, deve ser precedida da realização de exame de corpo de delito, a fim de que perito médico possa constatar se há vestígios físicos ou psicológicos da prática de tortura. Outrossim, quando da audiência, deve ser indagado à pessoa presa se sofreu algum tipo de agressão, física ou psicológica e, ainda que a resposta seja negativa, deve-se verificar se há indícios de ocorrência de violência.

Há, aqui, alguns pontos relevantes a destacar. Em primeiro lugar, é essencial que as audiências de custódia sejam realizadas em todos os dias da semana, mesmo em fins de semana ou feriados, sem suspensões, de modo a garantir que se deem sempre logo após a prisão. A dilação de prazo, mesmo que de poucos dias, pode gerar cenário em que não sejam constatados vestígios físicos de tortura quando da realização da audiência ou do exame de corpo de delito, embora, porém, estivessem eles presentes logo após a prisão.

A situação se torna ainda mais crítica quando se constata que, embora determinado pelo Protocolo de Istambul (Manual da Organização das Nações Unidas para a investigação e documentação eficazes da tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes) e, a reboque, pela Resolução nº 414/21 do CNJ que as perícias, em casos de tortura, não se limitem a seus vestígios físicos, incluindo também os psicológicos, a prática indica que estes raramente são aferidos pelo Instituto Médico-Legal no estado do Rio de Janeiro. De outro lado, pesquisa da Defensoria Pública aponta que, em 56% das denúncias de tortura recebidas em audiência de custódia, não havia lesão aparente (Relatório sobre o perfil dos réus atendidos nas audiências de custódia no período de agosto a dezembro de 2020).

Ainda que não haja exame, ou que não sejam identificados vestígios físicos de tortura, porém, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos aponta que não se pode descartar sua ocorrência:



Portanto, a não realização de um exame médico de uma pessoa que se encontrasse sob a custódia do Estado, ou sua realização sem cumprimento dos estândares aplicáveis, não pode ser usada para questionar a veracidade das alegações de maus-tratos da suposta vítima. Igualmente, a ausência de vestígios físicos não implica que não tenham ocorrido maus-tratos, já que é frequente que estes atos de violência contra as pessoas não deixem marcas e nem cicatrizes permanentes (Caso Espinosa Gonzales vs Peru, §152, tradução livre do original em espanhol; no mesmo sentido, Caso J. vs Peru, §333, e Protocolo de Istambul, §161).

Dessa forma, é extremamente relevante o relato fornecido pela pessoa presa em audiência de custódia – em primeiro lugar, gera obrigação, para o Estado, de investigar sua ocorrência, e, portanto, atua como fator também de prevenção da ocorrência de tortura futura, na medida em que o perpetrador sabe que a vítima será apresentada imediatamente em audiência, onde será verificada justamente a ocorrência de tortura, e determinada a investigação e responsabilização de quem a tenha praticado. Ainda segundo a Corte Interamericana:

Em relação à obrigação de garantir o direito reconhecido no artigo 5º da Convenção Americana, esta implica o dever do Estado de prevenir e investigar possíveis atos de tortura ou outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. A esse respeito, o Tribunal afirmou que “à luz da obrigação geral de garantir a toda pessoa sob sua jurisdição os direitos humanos consagrados na Convenção, estabelecida no artigo 1.1 da mesma, em conjunto com o direito à integridade pessoal, em conformidade com o artigo 5 (Direito à Integridade Pessoal) deste tratado, existe a obrigação estatal de iniciar de ofício e imediatamente uma investigação efetiva que permita identificar, julgar e punir os responsáveis, quando existe denúncia ou razão fundada para acreditar que foi cometido um ato de tortura. (Caso do Presídio Miguel Castro Castro Vs. Peru, par. 345, nota 248 supra; Caso Vargas Areco Vs. Paraguai, par. 79, nota 262 supra, e Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 11 de maio de 2007. Série C Nº 164, par. 89” (Caso González e outras vs México, §246).

Ademais disso, se e enquanto não descartada a hipótese de tortura, o relato da vítima gera presunção de sua ocorrência – leciona a Corte Interamericana de Direitos Humanos:



A Corte estabeleceu que o Estado é responsável, na condição de garante dos direitos consagrados na Convenção, pela observância do direito à integridade pessoal de todo indivíduo que se encontre sob sua custódia (Caso Ximenes Lopes vs Brasil. Sentença de 4 de julho de 2006, par. 138; Caso Baldeón García vs Peru. Mérito, reparações e custas. Sentença de 6 de abril de 2006, par. 120; e Caso López Álvarez vs Honduras. Mérito, reparações e custas, Sentença de 1º de fevereiro de 2006, par. 104 a 106). É possível considerar o Estado responsável pelas torturas, tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes sofridos por uma pessoa que esteve sob a custódia de agentes estatais, caso as autoridades não tenham realizado uma investigação séria dos fatos, seguida do indiciamento daqueles que sejam apontados como responsáveis por eles (Caso Baldeón García, par. 120; e Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs Guatemala. Mérito. Sentença de 19 de novembro de 1999, par. 170). Recai sobre o Estado a obrigação de apresentar uma explicação satisfatória e convincente do ocorrido, e tornar sem efeito as alegações quanto a sua responsabilidade, mediante elementos probatórios adequados (Caso Baldeón García, par. 120; e Caso Juan Humberto Sánchez. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 7 de junho de 2003, par. 111).

Mais especificamente, afirma o Relator Especial para Tortura da ONU, em sucessivas recomendações gerais:

Onde for denunciado o uso de tortura ou outras formas de maus-tratos pela defesa durante o julgamento, o ônus da prova deve passar para a acusação, que deve provar de maneira incontestável que a confissão não foi obtida por meios ilegais, incluindo a tortura e maus-tratos similares (*in* FOLEY, 2011, p. 96; Ver também, no âmbito das Nações Unidas, Comitê contra a Tortura, Caso P.E. vs França (19 de dezembro de 2002), UN Doc. CAT/C/29/D/193/2001, § 6.3; Caso CAT, G.K. vs Suíça (15 de maio de 2003), UN Doc. CAT/C/30/D/219/2002, § 6.10).

Ainda que a vítima não relate expressamente ter sofrido tortura, devem as autoridades presentes na audiência, caso verifiquem a existência de indícios de sua prática, adotar medidas destinadas à sua investigação e proteção da vítima, por força dos deveres mencionados. Cumpre observar, conforme indicado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, com alguma frequência, as vítimas de tortura “se abstêm, por temor, de denunciar



atos de tortura ou maus-tratos, sobretudo se estiverem detidas no mesmo recinto em que tenham ocorrido” (Caso Espinosa Gonzáles, §149, tradução livre do original em espanhol).

Daí também a relevância de apresentação física da pessoa presa em audiência de custódia, em que se poderá aferir se há indício da ocorrência de tortura, como marcas de lesão ou mesmo um ar traumatizado por parte da pessoa presa (vide, sobre o ponto, o capítulo 6 do Protocolo de Istambul, que trata longamente de indícios psicológicos de tortura), ainda que o exame de corpo de delito não aponte lesão, por qualquer motivo, e ainda que a pessoa presa não a denuncie expressamente.

É, aqui, especialmente importante que se efetue registro em foto ou vídeo do estado da pessoa, o que é feito comumente pelos Defensores Públicos do Rio de Janeiro em exercício nas audiências de custódia, além da gravação audiovisual do ato pelo Tribunal de Justiça.

A ocorrência de tortura, por sua vez, além da evidente afronta a direito fundamental, repercute, ainda, sobre a legalidade da prisão no bojo da qual tenha ocorrido, maculando-a – situação que deverá, então, ser endereçada em audiência de custódia, relaxando a prisão ilegal.

Com efeito, consoante já salientado, a tortura configura prática proscribida no Brasil, a teor do art. 5º, III da Constituição, bem como do art. 5º, 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), do art. 2º da Convenção da ONU contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, e do art. 1º da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, todas ratificadas pelo Brasil e internalizadas, respectivamente, pelos Decretos n. 678/1992, 40/1991 e 98.386/1989. A prática configura, ainda, crime, tipificado na Lei n. 9.455/1997. Implicitamente, a vedação à tortura decorre também da proteção aos direitos à vida e à integridade psicofísica, tutelados pelo art. 5º da Constituição e pelo art. 5º da CADH.

Tendo ato inconstitucional, anticonvencional e ilegal sido praticado por ocasião da captura ou da detenção de uma pessoa, tem-se que a forma pela qual estas foram praticadas foi inconstitucional, anticonvencional e ilegal, e, então, a prisão torna-se, ela própria, também inconstitucional, anticonvencional e ilegal



– a forma pela qual um ato jurídico é praticado é elemento que o integra, como leciona a doutrina administrativista, e

para ser considerada válida, a forma do ato deve compatibilizar-se com o que expressamente dispõe a lei (...); urge que o faça nos termos em que a lei estabeleceu, pena de ficar o ato inquinado de vício de legalidade suficiente para provocar-lhe a invalidação (CARVALHO FILHO, 2010, p. 121).

Dessa forma, portanto, sendo a ocorrência de tortura aferida no momento da audiência de custódia, deverá ser relaxada a prisão, por ilegalidade.

A apresentação imediata em audiência de custódia permite, ainda, aferir o estado de saúde da pessoa presa, referenciando-a à rede pública de saúde, quer seja posta em liberdade, quer durante o cárcere, através da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP). Nessa linha, 22% dos presos apresentados em audiência no Rio de Janeiro relataram ter alguma doença, física ou mental¹¹. Identificam-se, ademais, vulnerabilidades socioeconômicas – cumprindo observar que as audiências devem ter intervenção de equipe técnica formada por psicólogos e assistentes sociais –, endereçando-as e buscando, então, gerar amparo assistencial que possa ajudar a prevenir a prática de delito futuramente. Em inúmeros casos, o momento da prisão é a primeira vez que o Estado está olhando para determinado indivíduo, anteriormente sempre esquecido, invisibilizado, excluído. Assim, é relevante que, nesse momento, sejam identificadas e endereçadas eventuais vulnerabilidades, a fim de garantir-lhe direitos que vinham sendo negados.

Por fim, com a realização de audiências de custódia, é possível mapear o perfil das pessoas presas e das acusações formuladas, apontando excessos e vieses do Estado – se todas as pessoas detidas passam por audiência de custódia, a análise de seu perfil e do das acusações formuladas permite identificar quem vem sendo capturado pelas agências estatais e por quê, bem como aferir se

¹¹ Relatório sobre o perfil dos réus atendidos nas audiências de custódia no período de agosto a dezembro de 2020.



o Estado vem observando as garantias fundamentais das pessoas detidas, relaxado prisões ilegais, revogado prisões desnecessárias, e tomando medidas para combater a violações de direitos.

A Defensoria Pública do Rio de Janeiro tem, inclusive, feito extensa pesquisa a partir das audiências de custódia, abordando desde características socioeconômicas da população prisional a afrontas a decisões do Supremo Tribunal Federal como prisão domiciliar para mães ou responsáveis por crianças e inadequação da prisão em furtos insignificantes, todas disponíveis em sua página na rede mundial de computadores, contribuindo, assim, com dados para o debate público sobre os mais diversos temas.

De todo o exposto, é possível concluir pela essencialidade das audiências de custódia, não apenas para garantir o direito de todo indivíduo a não ser submetido a prisão ilegal ou arbitrária, mas para assegurar uma série de outros direitos fundamentais correlatos direta ou indiretamente. Sua universalização, portanto, sendo realizada em todos os casos, para todas as pessoas presas, independentemente do título prisional, e em todos os dias da semana, é absolutamente imprescindível para a tutela aos direitos fundamentais de todos, reduzindo ao máximo os vácuos de garantia de direitos.

3. CAMINHO AINDA A PERCORRER

A persistência do estado de coisas inconstitucional no sistema prisional, porém, aponta que há ainda muito em que progredir, inclusive em matéria de audiência de custódia.

Com efeito, em primeiro lugar, por sua própria essencialidade, e pelos motivos já expostos que indicam ser imperioso que a apresentação da pessoa presa se dê imediatamente, é, como também salientado, imprescindível que as audiências sejam realizadas em todos os casos de prisão, independentemente do título, sempre presencialmente, a fim de permitir aferir melhor a prisão e a ocorrência de tortura, e em todos os dias da semana – como forma de evitar atrasos que poderiam permitir o prolongamento de prisões ilegais ou desnecessárias, desaparecimento de vestígios de tortura, dentre outras consequências já aludidas.



De outro lado, verifica-se, na prática, que o número de concessões de liberdades após audiência de custódia ainda é baixo, e incompatível, portanto, com a previsão do art. 5º, LXVI e LVII da Constituição Federal e do art. 282, §6º do Código de Processo Penal, de que a prisão é excepcional. Dados da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, apontam que, em casos de flagrante, em nada menos que 65% dos casos as prisões são mantidas.

A cultura superencarceradora, então, subsiste no Poder Judiciário, não sendo possível combater o estado de coisas inconstitucional enquanto este poder continuar a se ver como órgão de segurança pública, e não, como é pela Constituição, como órgão garantidor de direitos individuais fundamentais.

Deve o Poder Judiciário, ainda, assumir o dever de combater violações de direitos praticadas por agentes estatais, reconhecendo a ilegalidade das prisões delas decorrentes. Em casos de tortura, por exemplo, dados obtidos pela Defensoria Pública ainda pendentes de publicação, mas já disponíveis no sistema da instituição Verde em Dados, apontam que, de setembro de 2021 a março de 2024, houve, ao menos, 2.247 (dois mil, duzentos e quarenta e sete) casos em que prisão em flagrante foi convertida em preventiva mesmo tendo sido denunciado, pela pessoa detida, ter sofrido tortura.

A manutenção de prisões mesmo em hipóteses em que há indícios concretos de ocorrência de maus-tratos, por sua vez, envia às forças de segurança a mensagem de que sua conduta é tolerada, e pode ser praticada, eis que não gerará qualquer repercussão à persecução penal. Sobre o tema, afirma a Corte Interamericana de Direitos Humanos:

A Corte estabeleceu que o dever de prevenção inclui todas as medidas de caráter jurídico, político, administrativo e cultural que promovam a proteção dos direitos humanos e que assegurem que as eventuais violações aos mesmos sejam efetivamente consideradas e tratadas como um fato ilícito que, como tal, é suscetível de acarretar sanções para quem as cometa, bem como a obrigação de indenizar as vítimas por suas consequências prejudiciais (Caso González e outras vs. México. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 16 de novembro de 2009, par. 252).



A obrigação do Estado de investigar deve ser cumprida diligentemente para evitar a impunidade e para que este tipo de fatos não volte a se repetir. Nesse sentido, a Corte recorda que a impunidade fomenta a repetição das violações de direitos humanos. (Caso Anzualdo Castro vs. Peru. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 22 de setembro de 2009, par. 179; e Caso Garibaldi vs. Brasil, Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 23 de setembro de 2009, par. 141.)

A situação se agrava com a já mencionada reticência do Supremo Tribunal Federal sobre a ilegalidade das chamadas confissões informais, fornecidas sem Aviso de Miranda, e sem que se possa atestar, por sua informalidade, a observância de direitos como o de não submissão a tortura – como salientado, aguarda-se a manifestação da Corte com repercussão geral, espera-se que para condenar a prática.

Observa-se, ainda, dos dados coletados pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, no 4º relatório sobre os registros de casos de tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, que nada menos que 77,7% das pessoas que relatam ter sofrido tortura são pretas ou pardas. Verifica-se, então, que o combate à tortura é também instrumento de promoção da equidade racial, e, por visarem àquele objetivo, assim o são também as audiências de custódia. Ao não se rechaçar cabalmente a prática, atribuindo, ao revés, algum efeito jurídico a prisão em que tenha ocorrido tortura, se reforça a subalternização da população negra – foi torturado, mas ainda assim ficará preso, enviando a mensagem de que a afronta a seus direitos não é tão grave assim.

Além da reticência do Poder Judiciário em relaxar prisões por ocorrência de tortura, verifica-se também que, como obstáculo à prevenção de tal prática inconstitucional e anticonvencional, as diretrizes do Protocolo de Istambul e da Resolução nº 414 do CNJ não são inteiramente observadas na apuração das denúncias, sobretudo na realização dos laudos de exame de corpo de delito, que com frequência deixam de incluir fotografias e não realizam aferição de vestígios psicológicos de tortura. Cria-se, assim, um círculo vicioso de afrontas à Constituição e à legislação internacional – a prisão não é relaxada comumente sob argumento de



não haver prova cabal de tortura, e, de outro lado, o Estado não realiza a perícia da maneira que seria apta a comprová-la.

Embora, portanto, as audiências de custódia venham sendo implementadas lentamente e com muito esforço no país, é possível verificar que ainda há progressos expressivos que remanescem por ser atingidos para que elas possam permitir a efetivação dos direitos fundamentais de todos e, a reboque, o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, como é sua vocação.

A realização de audiências de custódia todos os dias, em todos os casos, porém, é *conditio sine qua non* para a efetiva garantia aos direitos de todos.

REFERÊNCIAS

FOLEY, Conor. **Protegendo os brasileiros contra a tortura**: um manual para juízes, promotores, defensores públicos e advogados. Brasília: IBA, 2011.

ASSOCIAÇÃO PARA PREVENÇÃO DA TORTURA. **Observa Custódia**. Plataforma para monitoramento, levantamento e divulgação de dados sobre as audiências de custódia no Brasil. Disponível em: <http://www.observacustodia.com/>. Acesso em: 7 de mar. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 maio 2024.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**, 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASTRO, Mariana; PARENTE, Nathalia; CURY, Thiago de Luna. As audiências de custódia presenciais são as únicas dignas deste nome. **Le Monde Diplomatique Brasil**, São Paulo, 08 dez. 2020. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/audiencias-de-custodia-presenciais-sao-as-unicas-dignas-deste-nome/>. Acesso em: 31 maio 2024.



CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Favela Nova Brasília vs Brasil**. Sentença de 16 de fevereiro de 2017. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Espinosa Gonzáles vs Peru**. Sentença de 20 de novembro de 2014. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso González e outras vs México**. Sentença de 16 de novembro de 2009. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas.

RIO DE JANEIRO (Estado). Defensoria Pública. **Relatório sobre o perfil dos réus atendidos nas audiências de custódia no período de agosto a dezembro de 2020**. Rio de Janeiro: DPRJ, 2021. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/09d3bcf2aa2c44e28fb55498d0a65f3d.pdf>. Acesso em: 7 mar.2024

RIO DE JANEIRO (Estado). Defensoria Pública. **4º relatório sobre os registros de casos de tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes**. Rio de Janeiro: DPRJ, 2023. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/611cef97268b44d1bb120405eb970199.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2024.

A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, criada há 70 anos, consolidou-se na defesa dos juridicamente necessitados. Neste trabalho, apresentamos algumas linhas que envolvem a temática da defesa criminal, com o intuito de contribuir para um necessário e refletido debate sobre a preservação de princípios constitucionais, que configura um dos objetivos de todas as Defensorias Públicas. A obra aborda temas como o modelo de atuação penal, assistência às vítimas, aplicação de súmulas, julgamento imparcial, crimes do Tribunal do Júri e audiências de custódia, destacando a prevenção à tortura e a garantia de direitos dos presos. O Centro de Estudos Jurídicos, organizador da coletânea, contribui para o crescimento acadêmico e técnico dos integrantes da instituição, reforçando o compromisso com a justiça e a equidade, propondo sempre a reflexão sobre a necessidade de preservar as garantias constitucionais em prol dos mais vulneráveis.

Lucia Helena Silva Barros de Oliveira

Coordenadora da COCRIM

Isabel de Oliveira Schprejer

Subcoordenadora da COCRIM

Denis Andrade Sampaio Junior

Subcoordenador da COCRIM e Coordenador do NIDEF



REALIZAÇÃO



DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

70 ANOS

COCRIM

Coordenação de
Defesa Criminal

COCUSTÓDIA

Coordenação do Núcleo
de Audiência de Custódia

NIDEF

Núcleo de Investigação
Defensiva

CEJUR
Centro de Estudos Jurídicos
Defensoria Pública RJ

APOIO

Fesudeperj
Fundação de Estudos de Direito
Público do Estado de Rio de Janeiro