

A ADMISÃO DA PROVA DEFENSIVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO – UMA PESQUISA EMPÍRICA SOBRE AS PRÁTICAS, AS REPRESENTAÇÕES E OS DISCURSOS DOS OPERADORES JURÍDICOS¹

Regina Lúcia Teixeira Mendes
Doutora em Direito e Pesquisadora do InEAC – Instituto de Estudos
Comparados em Administração Institucional de Conflitos

Vera Ribeiro de Almeida dos Santos Faria
Doutoranda em Sociologia e Direito pelo PPGSD da Universidade Federal
Fluminense – UFF e Pesquisadora do InEAC - Instituto de Estudos Comparados
em Administração Institucional de Conflitos

Resumo

Esta comunicação relata a formulação de problemática para pesquisa ainda em desenvolvimento, na qual são investigadas as representações dos operadores envolvidos no sistema processual brasileiro a respeito da categoria *prova defensiva* ou *investigação defensiva* promovida na fase preliminar (investigativa) da persecução criminal. O objetivo desse estudo é observar as práticas e os discursos dos operadores jurídicos e policiais brasileiros para discuti-las, explicitá-las e compreendê-las, além de tentar perceber nelas as características de processos culturais mais amplos e que nem sempre são explicitados pela cultura a que pertencem. A problemática levantada consiste em verificar, por observação empírica e pesquisa qualitativa, como tais representações influenciam e informam as práticas destes operadores e de que maneira elas podem manter ou não as garantias processuais e o caráter democrático do Estado Democrático de Direito, assegurado pela Constituição da República de 1988, em especial, as relativas à prova, à ampla defesa e à presunção de inocência. Em última análise, o que se pretende discutir e esclarecer é se prevalece o caráter garantista do instituto “prova defensiva” no sistema processual criminal brasileiro ou seu caráter restritivo de direito. Em outras palavras, a prova defensiva representaria - na visão dos operadores jurídicos e policiais, da doutrina e da lei -, a ampliação da ampla defesa ou, ao contrário, a adoção explícita da presunção de culpa e a transferência do ônus da prova para o

¹ Trabalho apresentado no IV ENADIR, no GT 15 - Processo, construção da verdade jurídica e decisão judicial.

acusado? Resumindo, esta categoria aumenta o poder do Estado e restringe as garantias e direitos dos cidadãos?

Palavras-chave: prova defensiva; pesquisa empírica; discursos e representações jurídicas.

1- INTRODUÇÃO

Esta comunicação é parte de uma pesquisa em desenvolvimento e na qual se investiga o ingresso da prova defensiva, originária de outras culturas, no nosso sistema processual penal, bem como as consequências advindas de tal admissão. A *prova defensiva* ou *investigação defensiva*, segundo alguns processualistas penais brasileiros, consiste na possibilidade de realização de defesa na fase investigativa do processo penal e, até mesmo, para o suposto autor de uma infração penal (crime ou contravenção) poder realizar a sua própria defesa, sem a assistência de advogado, em qualquer fase da instrução criminal, seja policial, seja judicial (SCARANCA FERNANDES, 2012).

Nesta pesquisa adota-se o saber e o fazer jurídicos como objetos de estudo. Considera-se também o direito como um saber local, culturalmente construído e que permite identificar, em cada sociedade uma sensibilidade jurídica diferente, conforme a noção construída por Geertz (1998), que define a sensibilidade jurídica como o sentido de justiça em uma dada cultura, que pode ou não se aproximar da nossa, mas que não é única, nem absoluta.

A análise leva em conta que os operadores jurídicos e policiais integram um campo semiautônomo, no qual são iniciados em um saber específico e socializados a partir da formação universitária (KANT DE LIMA, 1995). Trata-se do campo jurídico (BORDIEU, 2002), esfera que possui algumas especificidades, já que composta por uma gama de profissionais, que ingressam nas diversas estruturas jurídicas do Estado.

Também se inserem nessa análise o conhecimento produzido no campo do processo penal, já que, assim como nos demais campos do sistema jurídico, é composto por um conjunto de opiniões que pretendem orientar os operadores sobre a melhor forma de aplicar a lei (doutrina), além das produções legislativas e das decisões judiciais. Entende-se que essas dimensões interferem nas significações construídas pelos diversos grupos profissionais que atuam no processo penal e, para tanto, emprega-se metodologia empírica e qualitativa.

A pesquisa verifica, então, quais são as estratégias, justificativas, argumentos e representações dos operadores jurídicos e policiais sobre a possibilidade de realização da prova defensiva ainda na fase preliminar da investigação criminal e as consequências dessas

representações em suas práticas e para o perfil de Estado Democrático de Direito “adotado” no Brasil. Com isso, é possível se refletir sobre o caráter marcadamente hierárquico e desigual do processo penal brasileiro, como outras pesquisas empíricas já demonstraram e as peculiaridades desta construção frente a este Estado Democrático de Direito, em especial, no âmbito do processo penal e da prova.

Além disso, a problemática levantada consiste em verificar, por observação empírica e pesquisa qualitativa, como tais representações influenciam e informam as práticas destes operadores e de que maneira elas podem manter ou não as garantias processuais e o caráter democrático do Estado Democrático de Direito, assegurados pela Constituição da República de 1988. Em última análise, o que se pretende discutir e esclarecer é o caráter garantista² do instituto “prova defensiva” no sistema processual criminal brasileiro ou seu caráter restritivo de direito. Em outras palavras, a prova defensiva representaria - na visão dos operadores jurídicos e policiais, da doutrina e da lei -, a ampliação da ampla defesa ou, ao contrário, a adoção explícita da presunção de culpa e a transferência do ônus da prova para o acusado?

Resumindo, esta categoria aumenta o poder do Estado ou restringe as garantias e direitos dos cidadãos?

2 – A ESCOLHA DO EMPIRISMO

O que se propõem como metodologia adequada à investigação é a observação das práticas e a análise dos discursos dos operadores jurídicos e policiais cariocas para identificar suas categorias estruturantes, compreendê-las, explicitá-las e discuti-las, ressaltando pontos centrais do nosso processo penal, tais como a prova e a presunção de inocência.

Entende-se que os dados com que o pesquisador se depara no campo do direito, ou seja, os fatos que podem ser observados e admitidos como dados, são os efeitos que tramitam nos tribunais. Eles são a realidade e, para o pesquisador, são o mecanismo ou processo pelo qual se restauram, se mantêm ou se modificam certas relações sociais definíveis entre pessoas e grupos, como afirma Radcliffe-Brown (1973, p. 245). Este autor também afirma que a lei é parte da maquinaria pela qual se mantém certa estrutura social e que o sistema de leis de

² O garantismo é defendido por Luigi Ferrajoli, que vem sendo adotado como referência de Teoria do Estado no Brasil, por ser considerado adepto da concepção de Estado garantista, pela qual o aparelho estatal tem como única e precípua finalidade a efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos, preconizando a submissão do aparelho estatal ao princípio da legalidade estrita (FERRAJOLI, 2002). As doutrinas brasileiras que adotam o garantismo não pregam a mudança da nossa estrutura jurídica - o que seria necessário para a adequada aplicação deste discurso -, mas defendem somente uma reinterpretação da estrutura existente. Desta forma, tais concepções não ultrapassam o plano da retórica.

determinada sociedade só pode ser plenamente compreendido se estudado em relação com a estrutura social. Reciprocamente, a compreensão da estrutura social exige, entre outras coisas, um estudo sistemático das instituições legais. Por isso, a lei será um dado do campo, mas não o único. Adicionamos a ele os discursos da doutrina e dos operadores, bem como a observação das práticas que atualizam o instituto da prova.

A partir de material que está sendo levantado em pesquisa de campo, pretende-se produzir descrição etnográfica das práticas dos atores que interagem nas varas criminais e delegacias de polícia do Rio de Janeiro, com relação à categoria “prova defensiva”, com o material resultante de observação de campo realizada nestes setores. Nesse conjunto de dados serão explicitados os valores, os interesses e as expectativas exteriorizadas no fazer e no dizer desses atores.

Para atingir os objetivos propostos optou-se por metodologia própria das ciências sociais, mas pouco comum para estudantes de direito habituados exclusivamente às pesquisas bibliográficas: a pesquisa empírica, o trabalho de campo, as entrevistas abertas e a observação direta, com a intenção de enfatizar o método etnográfico.

Na pesquisa de campo é seguida a orientação de Malinowski (1978), ou seja, emprega-se um olhar disciplinado, um olhar que apreende a realidade para levantar os dados etnográficos necessários à compreensão do *outro*. De certo que a etnografia obriga a estabelecer relações, selecionar interlocutores, transcrever textos, levantar genealogias, mapear campos, manter um diário, e assim por diante. Todavia, não são apenas estes exercícios que importam neste modelo de pesquisa. Afinal, Geertz (2008, pp. 4-5), citando a noção de Gilbert Ryle, já afirmou que não são as técnicas ou os processos determinados que definem este empreendimento, mas sim, “o esforço intelectual que ele representa: um risco elaborado para uma ‘descrição densa’”.

A socialização das autoras no campo do direito é considerada um fator positivo para a pesquisa, em razão da cotidiana interação com seus atores, mas é justamente essa familiaridade com o campo que determina o exercício de estranhamento, consistente na avaliação constante da forma pela qual são examinados os ambientes e as inter-relações pessoais que acontecem, buscando, sempre que possível, o emprego do olhar de um *não nativo* para evitar preconceitos e juízos de valores decorrentes dessa familiaridade e que venham a influenciar a análise dos dados.

Para saber como os operadores atualizam o instituto da prova e como veem o ingresso da prova defensiva no nosso sistema criminal, entende-se que os ambientes onde as práticas

jurídicas são realizadas são dotados de simbolismos, tal como Garapon (1997 e 2008) chamou a atenção. Lembrando que a linguagem, os rituais e os espaços jurídicos, principalmente, são dominados por aqueles que conseguem compreendê-los e compartimentalizá-los neste espaço: os operadores.

Tendo em vista que a problemática desta pesquisa refere-se à forma de pensar que orienta a prática dos operadores, o estudo a respeito das representações sociais pareceu um instrumental importante a ser usado. Sendo assim, recorreu-se à obra de Durkheim (1987), para quem as representações coletivas traduzem o modo como o grupo se pensa em suas relações com os objetos que o afetam (DURKEIM, 1987, p. 328).

Como o estudo sobre as representações sociais não se vincula obrigatoriamente a nenhum método (SÁ, 1998), pretende-se articular a coleta de dados às técnicas de tratamento dos mesmos.

Nesta pesquisa são conjugadas a análise e comparação entre os discursos legal e doutrinário e os dos próprios operadores jurídicos, através da observação direta (CICOUREL, 1975), da descrição etnográfica (MALINOSKI, 1978 e GEERTZ, 2008) e do emprego de entrevistas abertas, empregando, portanto, múltiplos métodos que aliem as experiências jurídicas com as das ciências sociais. Trata-se, portanto, de pesquisa qualitativa, com inspiração etnográfica, na qual se busca realizar uma descrição densa das práticas e significados relativos à categoria “prova defensiva”, bem como a análise, conjunta, dos discursos jurídicos e demais dados resultantes da observação direta e da descrição etnográfica das práticas dos operadores jurídicos e dos policiais civis que atuam, respectivamente, nas varas criminais e nas delegacias policiais do Rio de Janeiro.

Na tradução dos dados, pretende-se explorá-los ao máximo, distinguindo-se, de um lado, os resultados da observação direta e das declarações e interpretações nativas e, de outro, as inferências das pesquisadoras.

3 – O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO E A ADOÇÃO DA PROVA DEFENSIVA.

Sendo o sistema processual, tanto civil quanto penal, voltado para a atuação do Estado, está baseado e restrito pelas garantias constitucionais previstas na Constituição da República de 1988, que estabelece, entre outras, a garantia de todos os cidadãos receberem os mesmos direitos fundamentais e, no que tange ao tema escolhido, ressaltam-se as garantias processuais que encerram a orientação de ampla defesa; da igualdade e da presunção de inocência. Em

outras palavras, é garantido aos cidadãos o acesso a todos os meios e recursos processuais que assegurem a sua defesa, podendo praticar todos os atos admitidos em lei, bem como o direito a tratamento equânime para atuar amplamente na defesa de seus interesses, tendo suas teses e alegações a mesma força a influenciar e firmar o convencimento do magistrado e, por fim, o direito de não ser considerado culpado de uma infração penal, enquanto não comprovada a sua culpa.

Nos sistemas processuais ocidentais, sejam eles da *civil law* ou da *common law*, a prova é um elemento central na construção da verdade jurídica processual, uma vez que constitui instrumento por meio do qual as partes envolvidas em um litígio vão apoiar seus argumentos e teses para obterem sua pretensão processual. Consiste na demonstração de verossimilhança do alegado, como base da pretensão processual. Por isso, é comum no campo jurídico, em matéria processual, dizer-se que a prova constitui “a própria alma do processo” ou “a luz, que vem esclarecer a dúvida” a respeito dos direitos e interesses disputados pelas partes (conforme SILVA, 1982, p.491). Logo, a prova está vinculada à busca da verdade, ou à tentativa de reconstrução da verdade que se pretende no processo³.

Além disso, em outros sistemas processuais penais fundados em lógicas de produção da verdade diferentes do nosso - como é o caso norte-americano que se baseia no modelo *adversarial* -, o consenso entre os pares é fundamental para validar o conhecimento, tal como acontece em alguns casos no *Trial by jury*, onde a unanimidade é requerida (conforme KANT DE LIMA, 2010, nota nº 3, p. 29). Entre nós permanece o sistema *contraditório*, marcado pela sobrevivência de mecanismos inquisitoriais, como o Inquérito Policial, e no qual a verdade é estabelecida por um árbitro.⁴ Esta verdade, produzida por uma decisão de um técnico do direito, é pautada em princípios da motivação racional, da fundamentação (jurídica) das decisões judiciais e do livre convencimento⁵ e, raramente, resulta da formação de consensos entre os participantes dos processos judiciais.

³ A prova é um instituto relevante porque o nosso sistema jurídico atua segundo a confiança de que por meio do processo judicial penal se obtém a reconstituição dos fatos, tal como ocorreu no passado ou no máximo possível de aproximação com este.

⁴ Kant de Lima (1995; 2004 e 2010, entre outras obras) vem reiterando em seus estudos que neste sistema existe uma valorização explícita do conhecimento detido de forma particular, não universalmente disponível na sociedade: quem pergunta, sempre sabe mais do que quem responde e é deste saber que advém a autoridade desse discurso. Nele, as partes envolvidas não estão em pé de igualdade a ponto de estabelecerem um consenso entre elas. Sobre o livre convencimento do juiz e suas representações, ver Mendes (2011).

⁵ A verdade é construída sem um critério legal de hierarquia entre as “provas” produzidas e estas são apreciadas livremente pelo juiz, que escolhe aquela que melhor confirma o seu argumento, como Mendes já afirmou (2011).

É também curioso que no nosso processo penal prevaleça, até hoje, a crença na obtenção da “verdade real”, que consiste em um princípio fundamental relevante para a prestação jurisdicional do Estado. Trata-se de um princípio reitor da construção da verdade jurídica. A categoria “verdade real” serve para designar a verdade investigada pelo juiz a partir dos fatos que se passaram na realidade e que servirá de “base certa à justiça”. Difere, portanto, da “verdade formal”, que decorre das manifestações das partes e orienta o nosso processo civil. Ao contrário, no penal, é o juiz quem tem o dever de investigá-la, até mesmo contra a vontade das partes e, inclusive, quando os fatos forem incontroversos (TOURINHO FILHO, 2003, p. 37).

Neste sentido, é importante a crítica de Hansen, Corrêa e Lopes Filho (2012), ao afirmarem que a busca da *verdade real*⁶ e o sigilo do Inquérito Policial são expedientes que pertencem a lógicas que não se adequam a uma concepção processual que ordena o respeito à dignidade da pessoa humana, mas que, no entanto, é possível entre nós porque a tradição inquisitorial brasileira é extremamente forte e se justifica pela forma peculiar com que operadores e pensadores do direito entendem a igualdade jurídica, fazendo com que conceitos evidentemente retrógrados ganhem ares de plausibilidade diante da nossa sociedade.

Assim, a distância entre a verdade negociada (consensual) e a verdade real não reside simplesmente na forma como se dá sua produção, mas, principalmente, no fato de que as partes envolvidas na produção destas verdades (nos diversos sistemas jurídicos) carregam consigo representações culturais, históricas e sociais muito diversas e, de certa forma, até antagônicas. No modelo estadunidense (aqui tomado como exemplo de sistema jurídico da *common law*) a representação da igualdade jurídica está ligada à história da formação da própria nação, por isso mesmo, a construção do sistema americano assentou seus fundamentos nas lutas pela democracia (KANT DE LIMA, 1995). Já no Brasil, a igualdade jurídica é atualizada conforme a regra de Rui Barbosa, segundo a qual a igualdade consiste em tratar desigualmente os desiguais, na medida em que eles se desigualem⁷, o que demonstra que a nossa sociedade não se vê como um grupo composto de cidadãos juridicamente iguais perante

⁶ A “verdade real” consiste em um princípio processual criminal segundo o qual, por meio dos procedimentos legais, deve-se buscar a reconstituição do acontecimento “ocorrido” no passado (CAPEZ, 2009 e GRECO, 2012). Consiste, portanto, em um modelo de produção da verdade visa confirmar uma preconcepção (HANSEN, CORRÊA e LOPES FILHO, 2012, pp.66-67).

⁷ Frase que ficou consagrada na obra *Oração aos Moços*, de Rui Barbosa (1999, p. 26), ao afirmar que “A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade”.

a lei (LOPES, 2002).⁸ Assim, enquanto para os brasileiros o processo é um instrumento de poder do Estado contra o cidadão, para os norte-americanos, ao contrário, é efetivamente uma garantia do cidadão contra o Estado.

E mais, em geral, nos países ocidentais contemporâneos (adeptos da *civil law* ou da *comom law*), a persecução penal é precedida de uma fase investigatória preliminar ou preparatória, cuja finalidade é apurar a ocorrência de um delito e identificar o seu autor⁹. Em ambos os sistemas, o ônus de provar o alegado cabe a quem alega, isto é, à acusação.

No Brasil, este ônus é denominado princípio da presunção de inocência, consagrado no texto constitucional (artigo 5º, inciso LVII), que estabelece que *Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*, ou seja, que só pode ser condenado, aquele cuja culpa for comprovada pelo órgão de acusação. É daí que resulta outro princípio, o *in dubio pro reo* (na dúvida, a favor do réu), que orienta o processo penal e que nada mais é do que a desconsideração de matéria probatória que não gera certeza para fins de condenação. Assim, na maior parte das vezes, à defesa no processo penal cabe o trabalho de desacreditar a prova produzida pela acusação. O réu, inclusive, pode se manter inerte, em silêncio. Em outras palavras, a defesa, não tem o ônus da prova, salvo em algumas hipóteses excepcionais¹⁰.

No âmbito do processo penal brasileiro existe a necessidade de constituição de prova preliminar, na medida em que qualquer infração penal exige, para a propositura da ação, a existência de *justa causa*, que é a comprovação da possível autoria do delito e de sua materialidade. Em outras palavras e em última análise, a prova produzida na investigação preliminar, que antecede a instauração da ação penal, é pré-requisito tanto para a condenação quanto para a absolvição do acusado. Na maior parte das vezes, esta investigação preliminar

⁸Como lembra Lopes (*Idem*, pp. 277-307), entre nós permanecem as “marcas” deixadas pela formação jurídica colonizada, baseada na tradição inquisitorial portuguesa e na dominação das elites políticas e sociais que, controlando o conhecimento, produziram e desenvolveram nosso sistema jurídico, que é, portanto, desde sua origem, comprometido com o poder e com as escusas forças que o circundam.

⁹ Conforme a distinção dos sistemas criminais apontadas por Misse (2009), no modelo da *common law* inglesa, a condução da fase preliminar da investigação criminal é exclusiva da polícia. Já no sistema continental, que dispõe da polícia judiciária para aprofundar as investigações, ela é atribuída ao Ministério Público. Todavia, como afirma Misse, somente no Brasil há uma solução mista para esta fase preparatória da persecução penal, cabendo à polícia judiciária (civil) a investigação preliminar e a produção de um relatório juridicamente orientado do resultado dessas investigações. O produto desse relatório constitui o inquérito policial, a ser apreciado pelo promotor de justiça (operador que integra o Ministério Público), que avaliará o seu acolhimento ou não. Sendo acolhido, será inserido nos autos do processo judicial, servindo como indícios da culpabilidade do antes indiciado, agora acusado ou réu (MISSE, 2009, p. 12).

¹⁰ As exceções ocorrem quando a lei autoriza ao juiz, antes de iniciado o processo, a ordenar a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes; a determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante do processo (artigo 156, do Código de Processo Penal), ou ainda, para sanar qualquer nulidade ou suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade (artigo 502, da mesma lei).

está a cargo do Estado (representado pela polícia judiciária), cuja finalidade é possibilitar a propositura da ação penal pelo Ministério Público que, por ter a exclusividade dessa função (é *dominis litis*, ou seja, é dono da ação penal), pode propô-la (conforme artigo 129, inciso, I, da Constituição da República de 1988).

Também quase na totalidade do nosso sistema criminal, essa investigação é representada pelo Inquérito Policial. Em outros sistemas que temos estudado, a investigação preliminar existe, porém, a diferença delas para a nossa é que entre nós o seu resultado acaba por constituir “autos de inquérito”, caracterizado como um procedimento administrativo, escrito e sigiloso, registrado em cartório – e, portanto, que adquire fé pública - de caráter puramente inquisitorial e cujos resultados, posteriormente, podem inaugurar o processo judicial criminal (KANT DE LIMA, 2010, p.22).

Em termos de funcionamento do sistema criminal brasileiro, há uma bipartição entre os profissionais da justiça criminal (promotores, juízes, defensores públicos), que não integram os quadros da *segurança pública* (constituída por policiais, agentes penitenciários, guardas municipais, bombeiros etc.) e vice-versa, ao contrário do que ocorre em outros sistemas (KANT DE LIMA, *idem*). Essa divisão acarreta também distintas funções para os operadores jurídicos. Segundo a norma constitucional (artigo 144, § 4º), cabe às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares¹¹. Também a previsão constitucional contida no artigo 129, diz que o Ministério Público é o dono da ação penal – leia-se, possui a competência privativa da ação penal, que consiste no poder de requerer ao Judiciário a instauração do processo penal e, conseqüente condenação, nos casos em que a lei determina. É este órgão, através dos seus promotores e procuradores de justiça, que avalia a oportunidade e a necessidade de instauração do processo judicial, oferecendo ao magistrado, para tanto, sua denúncia.

Entre nós, até bem pouco tempo, a maioria dos processualistas criminais entendia que a fase preparatória da persecução penal, consubstanciada no inquérito policial, era meramente investigativa e, portanto, não admitia a possibilidade de produção de prova pela defesa, justificando que ainda não existia uma acusação formal contra o suspeito da prática de um crime (MARQUES, 1997; TOURINHO FILHO, 2008, entre outros). Afirmavam, ainda, que como a nossa investigação criminal é realizada pelo Estado (representado pela polícia civil) -

¹¹ A polícia civil, também denominada de polícia judiciária, é órgão do Poder Executivo estadual que integra, juntamente com a polícia militar e a defesa civil, o conjunto de instituições responsáveis pela segurança pública local.

respeitando as normas previstas no texto constitucional e na lei infraconstitucional (Código de Processo Penal brasileiro), não haveria possibilidade de o cidadão, sozinho, formular ou produzir provas em sua defesa¹².

Entretanto, recentemente, surgiram outros discursos afirmando a possibilidade de aplicação da categoria “prova defensiva” ou “investigação defensiva” no nosso sistema processual penal, seguindo o exemplo italiano que ao reformar sua legislação processual penal (Lei nº 397, de 2000), introduziu na investigação criminal a *indagini preliminari* (prevista nos artigos 326 a 415 daquela legislação), que entre outras consequências, “concedeu” ao suposto autor do crime diversas prerrogativas, inclusive, a de produzir, ele próprio, a prova de sua defesa (MACHADO, 2009; GOMES FILHO, 2005; AZEVEDO e BALDAN, 2004, e SCARANCA FERNANDES, 2002, entre outros).

De acordo com esses discursos, tal categoria enfatizaria o modelo acusatório previsto no texto constitucional brasileiro e alteraria a forma de produção da verdade jurídica, enfatizando os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, já na fase investigativa. Para eles, a prova defensiva representaria um “claro avanço do direito de defesa dos cidadãos e do modo de apuração da infração penal”, consistindo em um direito subjetivo que asseguraria “a igualdade de condições das partes em influírem em todas as operações desenvolvidas para a constituição do material probatório que irá servir de base à decisão; nessa visão, a prova, antes de tudo, deve ser atividade aberta à iniciativa, participação e controle dos interessados no provimento judicial” (conforme GOMES FILHO, 2005, p. 85).

E mais, a categoria *prova defensiva* está sendo visitada há mais de uma década por outros atores do campo jurídico. No Congresso Nacional, por exemplo, ela integra o conjunto de inovações inseridas nos projetos de leis de reforma do Código de Processo Penal, podendo-se citar, entre outros, os de n.º 156/2009 e 8.045/2010, ambos de autoria do Senador José Sarney (cuja previsão do instituto está estabelecida no artigo 14, de ambos os projetos)¹³.

O assunto é relevante, especialmente porque alguns doutrinadores jurídicos brasileiros - influenciados pela reforma da legislação processual italiana que alterou o Código de Processo Penal (Lei nº 397, de 2000), concedendo explicitamente ao órgão de acusação o

¹² Muito embora haja uma única previsão legal (artigo 14, desse Código) permitindo que o investigado requeira diligências no inquérito policial, na prática, no entanto, este ato somente é realizado por advogado ou defensor público.

¹³ A redação do artigo 14, em ambos os Projetos de Lei, é a seguinte: “Art. 14. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas. Parágrafo único. As entrevistas realizadas na forma do *caput* deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento das pessoas ouvidas” (BRASIL, 2009).

poder de produzir a investigação preliminar, diretamente ou por meio da polícia judiciária -, passaram a defender a ideia da importação desse instituto para o nosso processo penal. Dentre as novidades incorporadas pela nova lei italiana ressalta-se a possibilidade de o cidadão, sozinho, produzir prova em sua defesa, ainda na fase investigatória da persecução criminal, por meio do instituto denominado “prova defensiva” ou “investigação defensiva”, cuja importação para o nosso sistema é também defendida por esse grupo de doutrinadores.

Os discursos que defendem a admissão da prova defensiva entre nós não explicitam que a apropriação dessa categoria pelo nosso sistema processual penal deixará ao encargo da defesa o ônus da prova, afastando, desta forma, uma das maiores garantias do processo penal: a presunção de inocência.

Inocência e culpa são duas categorias que no sistema de justiça criminal brasileiro estão associadas à proteção da sociedade e à proteção do réu, sendo uma excludente da outra. O princípio da presunção de inocência do acusado é considerado pelo campo jurídico como *status* de princípio constitucional, previsto na Constituição de 1988, no artigo 5º, inciso LVII, com a seguinte redação: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” (BRASIL, 2015, p. 21)¹⁴.

Reafirme-se, portanto, que o que se percebe é que especialmente dentro do sistema jurídico criminal brasileiro, apesar da declaração acerca do modelo democrático por nós seguido, convivem lógicas antagônicas de duas ordens: uma participativa, dialógica e universal e outra excludente, soliloquia e particular. De um lado a Constituição da República de 1988 incentiva, por exemplo, a realização de procedimentos da conciliação e da mediação, que incentivam a participação dos jurisdicionados na construção da verdade jurídica, igualando-os aos demais atores dos processos jurídicos (juiz, promotor e defensor) e, de outro lado, estabelece a prisão especial¹⁵ e o fórum por prerrogativa de função¹⁶, que exemplificam diferentes tratamentos legais para os envolvidos nos processos judiciais. Assim, a Carta de 1988, paradoxalmente, assegura desigualdades e privilégios que também estão previstos na

¹⁴ Inocência e culpa são duas categorias que no sistema de justiça criminal brasileiro estão associadas à proteção da sociedade e à proteção do réu, sendo uma excludente da outra. O princípio da presunção de inocência do acusado é considerado pelo campo jurídico como *status* de princípio constitucional, previsto na Constituição de 1988, no artigo 5º, inciso LVII, com a seguinte redação: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” (BRASIL, 2015, p. 21).

¹⁵ Prevista no artigo 295, do Código de Processo Penal, a prisão especial é uma modalidade admitida provisoriamente para autoridades e réus que possuam curso superior, entre outros. Trata-se do direito a uma cela separada ou fora do presídio comum. Em geral, tal privilégio leva em conta o cargo exercido ou o grau de instrução do acusado e, portanto, se destina a uma restrita parcela da sociedade brasileira.

¹⁶ O fórum por prerrogativa de função consiste em, segundo a doutrina brasileira, dos critérios que estabelecem a competência de tribunais ou juízos específicos para processar e julgar determinadas pessoas, em função do cargo que ocupam e está previsto nos artigos 69, VII; 84 a 87, do Código de Processo Penal.

própria legislação infraconstitucional (penal e processual penal) e são observados nas práticas que a atualizam, tal como é visto nas sociedades patrimoniais estamentais (Weber, 1999, pp. 311-323; Faoro, 1958).

Como em nosso processo penal vige o princípio da *verdade real*, onde o que se busca é “a verdade dos fatos”, ele é inaugurado sob a *presunção de culpa* do imputado (formalizada através de expediente cartorário, sigiloso e inquisitorial, das delegacias policiais), sendo em seguida desenvolvido pela produção ilimitada de provas (que podem até contrariar o interesse das partes, conforme TOURINHO, 2008, p. 37) e estas podem ser realizadas, inclusive pelo juiz, para formar o seu “livre convencimento”, visando “descobrir a verdade, até mesmo quando os fatos forem incontrovertidos” (GRINOVER, 1999, p. 79). Por isso, chamam a atenção os discursos que defendem a autonomia da vontade dos jurisdicionados, fundando seus argumentos na doutrina de Jürgen Habermas.

E mais, apesar de esses discursos enaltecem o instituto da prova defensiva entre nós, não explicitam as mudanças estruturais necessárias ao sistema criminal brasileiro para que tenha aqui a mesma dinâmica, funcionamento e consequências experimentadas pelo modelo italiano. E ao não explicitarem as especificidades dos sistemas jurídicos, brasileiro e italiano, esses discursos aproximam e comparam, sem contrastes, realidades distantes e diferentes.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há alguns anos diversas pesquisas de campo vêm alertando para a especificidade do processo penal brasileiro e a forma bastante peculiar de lidarmos com as garantias processuais¹⁷. Estas pesquisas vêm demonstrando, entre outros aspectos, a ausência de diálogo e do reconhecimento de direitos dos cidadãos que buscam a tutela jurisdicional. Nesse sentido, destacam-se, entre outros, os estudos de Luís Roberto Cardoso de Oliveira (2002 e 2012, entre outras obras), que alertam para o sentimento de injustiça experimentado pelos jurisdicionados e a conseqüente insatisfação com os resultados obtidos, quando estes transferem para o Judiciário a solução de seus conflitos. Também nesta linha se enquadram os estudos relativos à baixa participação dos cidadãos na construção da verdade judicial, mesmo quando admitidos, ao nível legal, princípios que incentivam a oralidade no processo (LUPETTI, 2008 e 2013). Por fim, destacam-se os estudos que tratam da forma como o consenso é construído no sistema processual penal (ALMEIDA, 2010 e 2014 e LIMA, 2014),

¹⁷ Refiro-me aos estudos de Kant de Lima (1995; 2008 e 2010); Mendes (2011 e 2004); Miranda e Mota (2010); Ferreira (2009 e 2004); Figueira (2007) e Cardoso de Oliveira, 2002, entre outros.

onde, mesmo diante de mecanismos de índole participativa, como a conciliação e a transação penal, ainda permanecem moralidades presentes nas práticas e discursos dos operadores jurídicos que remontam à tradição inquisitorial e que, por esta razão, alteram o perfil democrático desses institutos, na medida em que tais moralidades impedem a participação dos jurisdicionados na construção das verdades ali produzidas.

A presente observação pretende se incluir neste rol, na medida em que, vistos de um plano mais geral, tais estudos delatam a prevalência de circunstâncias que constituem graves empecilhos à cidadania brasileira, além de ocasionarem a quebra cotidiana de promessas constitucionais, tais como, o direito à prestação jurisdicional eficaz, à ampla defesa e ao tratamento isonômico, entre outras.

Diante deste contexto, a adoção entre nós de um mecanismo que admita a participação efetiva e necessária do jurisdicionado na construção da verdade jurídica – como a prova defensiva -, pode servir de mote à investigação relativa à necessária reestruturação do sistema criminal brasileiro que privilegie a comunicação entre os atores que dele participam, por meio da ênfase à autonomia da vontade dos cidadãos e da busca de entendimento entre estes e os operadores jurídicos, com vistas a uma justiça - de fato -, efetiva, emancipadora e democrática.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Vera Ribeiro. *Transação penal e penas alternativas: uma pesquisa empírica nos Juizados Especiais Criminais do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

AZEVEDO, André Boiani e BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo penal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provando). *In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim*, nº 137, abr/2004, pp. 06-08.

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5ª edição. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa Edições, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. Investigação pelo Ministério Público. Argumentos contrários e a favor. A síntese possível e necessária. *In: Parecer de 08 mar. 2005*. Disponível em: http://www.mp.rs.gov.br/hmpage/homepage2.nsf/pages/spi_investigadireta2, acesso em 03/03/2015.

BASTOS, Marcelo Lessa. *Investigação nos crimes de ação penal de iniciativa pública*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. 5ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís Roberto. *Direito legal e insulto moral: dilemas da cidadania no Brasil, Quebec e EUA*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

_____. *As categorias do entendimento humano e as noções de tempo e espaço entre os nuer*. Série Antropologia. Brasília: Fundação Unb – Instituto de Ciências Sociais/Departamento de Antropologia, 1993. Disponível no site: <http://br.monografias.com/trabalhos900/tempo-espaco-nuer/tempo-espaco-nuer.shtml>, acesso em 15 de maio de 2014.

CICOUREL, Aaron. Teoria e método em Pesquisa de campo. In: GUIMARÃES, Alba Zaluar (org.). *Desvendando máscaras sociais*. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1975.

FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. *Presunção de inocência e a construção da verdade: contrastes e confrontos em perspectiva comparada (Brasil e Canadá)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

FIGUEIRA, Luís Eduardo de Vasconcellos. *O Ritual Judiciário do Tribunal do Júri*. Niterói: Tese de doutorado. Programa de Pós-graduação em Antropologia da Universidade Federal Fluminense – UFF, 2007.

GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Tradução de Pedro Felipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

_____. *Julgar nos Estados Unidos e na França. Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

GEERTZ, Clifford. O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa. In: GEERTZ, Clifford. *O Saber Local: novos ensaios em antropologia interpretativa*. 8ª edição. Petrópolis: Vozes, 1998.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: *Estudos em Homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, YARSHEL, Flávio Luiz e MORAES, Maurício Zanoide de (orgs.). São Paulo: DPJ, 2005.

KANT DE LIMA, Roberto. *Da inquirição ao Júri, do Trial by jury à plea bargaining: modelos para a produção da verdade e a negociação da culpa em uma perspectiva comparada Brasil – Estados Unidos*. Tese (Concurso de Professor Titular em Antropologia) - Departamento de Antropologia da Universidade Federal Fluminense. Rio de Janeiro: Universidade Federal Fluminense, 1995.

_____. *Direitos Civis e Direitos Humanos: uma tradição judiciária pré-republicana?* São Paulo: São Paulo em Perspectiva, v. 18, 2004.

_____. *Ensaio de Antropologia e de Direito: acesso à justiça e processos institucionais de administração de conflitos e produção da verdade jurídica em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. *Anuário Antropológico* – 2009 – 2, 2010, pp. 25-51.

LIMA, Michel Lobo Toledo. *Próximo da Justiça e Distante do Direito: Um Estudo Num Juizado Especial Criminal do Rio de Janeiro*. Dissertação de mestrado em sociologia apresentada ao Programa de Pós-graduação em Sociologia do Instituto de Estudos Sociais e Políticos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2014.

LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. *Os rituais judiciais e o princípio da oralidade: construção da verdade no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

_____. *Paradoxos e Ambiguidades da Imparcialidade Judicial: Entre "quereres" e "poderes"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013.

MACHADO, André Augusto Mendes. *A Investigação Criminal Defensiva*. São Paulo: Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito, da Universidade de São Paulo, fevereiro de 2009.

MALINOWSKI, Bronislaw. *Argonautas do Pacífico Ocidental: um relato do empreendimento e da aventura dos nativos nos arquipélagos de Nova Guiné melanésia*. Traduções de Anton P. Carr e Lígia Aparecida Cardieri Mendonça; revisão de Eunice Ribeiro Durham. 2ª edição. São Paulo: Abril S.A. Cultural e Industrial, 1978.

MENDES, Regina Lúcia Teixeira. *Do princípio do livre convencimento motivado: legislação, doutrina e interpretação dos juízes brasileiros*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. Rumos da investigação no direito brasileiro. *In: Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel*, nº 21, jul./set. 2002, pp. 12/13.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 7ª ed. 4º vol. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BRASIL, *Códigos Penal, Processo Penal e Constituição Federal*. Colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL, Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009*. Disponível em http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=90645, acesso em 10/03/2015.