Alberto Binder, Ed Cape e Zaza Namoradze

Defesa criminal efetiva na América Latina

Argentina I Brasil I Colômbia I Guatemala I México I Peru

ADC, CERJUSC, CONECTAS, DEJUSTICIA
ICCPG, IDDD, IJPP, INECIP

Defesa criminal efetiva na América Latina

ADC / Asociación por los Derechos Civiles

CERJUSC
CENTRO PARA EL DESARROLLO DE LA JUSTICIA Y LA SEGURIDAD CIUDADANA

id dd

id dd

CONECTAS
DIREITOS HUMANOS

Instituto de Justicia Procesal Penal
PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Dejusticia
derecho · justicia · sociedad

ICCPG
Instituto de Estudios Comparados En Ciencias Penales de Guatemala
Por una cultura de justicia y equidad

INECIP
25 años

Alberto Binder / Ed Cape /
Zaza Namoradze/
ADC/ CERJUSC /
CONECTAS /
DEJUSTICIA / IDDD /
ICCPG / IJPP / INECIP

Defesa criminal efetiva na América Latina

1ª edição

São Paulo, 2016

Alberto Binder / Ed Cape / Zaza Namoradze /
ADC/ CERJUSC / CONECTAS / DEJUSTICIA /
IDDD / ICCPG / IJPP / INECIP

Junho de 2015

Defesa criminal efetiva na América Latina

Esta publicação foi possível graças ao generoso financiamento
de Open Society Foundations

Esta publicação conta com o apoio da Red Regional
para la Justicia Previa al Juicio – América Latina

ISBN: 978-85-63150-01-1 Versão impressa
ISBN: 978-85-63150-02-8 Versão digital

Creative Commons Licence 2.5: Attribution Non Commercial-Share-Alike

Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD
Avenida Liberdade, 65, conjunto 1101 – CEP 01503-904 – São Paulo – SP
Contatos: (11) 3107-1399 <iddd@iddd.org.br> <www.iddd.org.br>

Conectas Direitos Humanos
Avenida Paulista, 575, conjunto 1901 – CEP 01311-000 – São Paulo – SP
Contatos: (11) 3884-7440 – <conectas@conectas.org> – <www.conectas.org>

PREFÁCIO E AGRADECIMENTOS

Este livro é baseado em um projeto de pesquisa intitulado *Promovendo os Direitos da Defesa Efetiva dos Acusados na América Latina*, iniciado em julho de 2012 e concluído no final de 2014. Esse projeto foi implementado pela Asociación por los Derechos Civiles (ADC, Argentina), pelo Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Inecip, Argentina), Conectas Direitos Humanos (Conectas, Brasil), Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD, Brasil), Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad (Dejusticia, Colômbia), Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales (ICCPG, Guatemala), Instituto de Justicia Procesal Penal (IJPP, México) e Centro para el Desarrollo de la Justicia y la Seguridad Ciudadana (Cerjusc, Peru), em colaboração com a Open Society Justice Initiative. A pesquisa foi financiada pela Open Society Foundations' Human Rights Initiative and the Latin America Program.

O objetivo mais importante deste projeto é contribuir para a implementação efetiva dos direitos das pessoas que precisam de defesa criminal na América Latina a fim de garantir o direito a um julgamento imparcial, especialmente daqueles com poucos recursos econômicos. De uma maneira geral, o objetivo é promover os direitos de acusados ou suspeitos de crimes, por meio da melhoria dos parâmetros regionais dos direitos à defesa criminal efetiva, já que a partir da pesquisa realizada em seis países da América Latina é possível fornecer substrato empírico sobre práticas de defesa efetiva, bem como recomendar reformas àqueles que planejam as políticas públicas e que litigam no sistema de justiça criminal.

Considerou-se, nesta pesquisa, que a defesa criminal efetiva faz parte de um processo dinâmico de reforma da justiça penal, que está ocorrendo na América Latina. Isso conduz, de um lado, à impossibilidade de uma atualização absoluta da situação da

defesa em cada país, mas, de outro lado, mostra claramente as diretrizes estruturadas e estáveis que guiam essas mudanças. Assim, no âmbito nacional, os capítulos descrevem a situação até o início de 2014. As mudanças posteriores não foram incorporadas, porém pode-se perceber que estas não alteram as principais constatações da pesquisa.

O projeto na América Latina foi inspirado em um projeto similar realizado na Europa que culminou com a publicação do livro *Effective Criminal Defence in Europe* em 2010. Esse projeto gerou um avanço significativo no direito penal comparado na Europa e tem sido um recurso importante no apoio às reformas em toda a região.

Assim como o projeto de pesquisa original, o presente estudo coloca o suspeito e o acusado no centro da discussão e examina a questão do acesso à defesa criminal efetiva como pré-requisito para o gozo efetivo da garantia à imparcialidade de julgamento. Tanto em uma perspectiva substantiva quanto procedimental, as garantias processuais e a defesa criminal efetiva são essenciais para um julgamento imparcial. A defesa criminal efetiva tem um sentido mais amplo do que simplesmente uma assistência jurídica competente. Na verdade, não importa o quão boa seja a assistência jurídica, ela não garantirá a imparcialidade de julgamento se outros elementos da defesa efetiva não estiverem presentes. Dessa maneira, para que ela seja efetiva, deve haver uma estrutura constitucional e legislativa apropriada, uma estrutura institucional adequada, um compromisso político para com a defesa criminal e uma cultura jurídica e profissional que facilitem esse processo.

A equipe de gestão do projeto ficou responsável por seu planejamento, direção e execução, e foi constituída por representantes de oito organizações de seis países da América Latina e da Open Society Justice Initiative: Rafael Custódio e Vivian Calderoni (Conectas), Isadora Fingermann (IDDD), Mario Avalos (ICCPG), Ana Aguilar Garcia (IJPP), Miguel La Rota (Dejusticia), Nataly Ponce (Cerjusc), Sebastian Narvaja (Inecip), Alvaro Herrero (ACD) e Marion Isobel e Zaza Namoradze (Open Society Justice Initiative). Além disso, Dejusticia realizou a gestão financeira e, junto com Open Society Justice Initiative, coordenou o projeto. Miguel La Rota (Dejusticia) e Marion Isobel (Open Society Justice Initiative) tiveram uma participação valiosa na realização geral do projeto, com importantes contribuições de fundo.

A equipe de assessoria de pesquisa ofereceu orientação aos pesquisadores nacionais e contribuiu com os capítulos comparativos e analíticos do livro. Participaram da equipe: Alberto Binder, Ed Cape e Zaza Namoradze. Todos eles têm grande conhecimento e experiência nos sistemas de justiça criminal de uma vasta gama de países no mundo. Alberto Binder é professor de Direito Processual Penal na Universidad de Buenos Aires, fundador e presidente do INECIP, membro da Associação Argentina

de Direito Processual e do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, e autor de várias publicações, como *De las Repúblicas Aéreas al Estado de Derecho. Ideas para un debate sobre la reforma judicial en América Latina*. Ed Cape é professor de direito na University of the West of England, e Zaza Namoradze é o diretor do Escritório da Open Society Justice Initiative em Budapeste e coautor do livro *Effective Criminal Defence in Europe* (2010) e *Effective Criminal Defence in Eastern Europe* (2012). Ed Carpe também realizou vários projetos relativos a direito à defesa e processo penal na União Europeia e outros países, incluindo a publicação pela Open Society Justice Initiative, *Improving Pretrial Justice: the Roles of Lawyers and Paralegals* e *Early Access to Legal Aid in Criminal Justice Processes: a Handbook for Policymakers and Practitioners*, produzida pela UNODC e UNDP com a contribuição técnica da Open Society Justice Initiative. Zaza Namoradze dirigiu um grande número de projetos a respeito das reformas no campo da assistência legal, inclusive iniciativas nacionais de reforma na Europa Oriental e em vários países da África e da Ásia.

Um projeto dessa natureza inevitavelmente conta com um grande número de colaboradores. A equipe de gestão do projeto recebeu um apoio considerável de Carolina Villadiego (Dejusticia) e Katalin Omboli (Open Society Justice Initiative). Os autores dos capítulos dos países estudados neste projeto, naturalmente, desempenharam um papel crucial. São eles: Lucas Gilardone e Sebastián Narvaja (Argentina), Isadora Fingermann e Maíra Zapater e Rafael Custódio (Brasil), Carolina Bernal (Colômbia), Juan Pablo Muñoz Elías (Guatemala), Ana Aguilar García e Gregorio González Nava (México) e Liliana Bances Farro e Nataly Ponce Chauca (Peru). Os revisores especializados de cada país também desempenharam um papel importante criticando ou validando os dados apresentados pelos autores dos relatórios nacionais. Os revisores foram: Alfredo Pérez Galimberti e Francisco Marull (Argentina), Ludmila Vasconcelos Leite Groch, Rafael Custódio e Vivian Calderoni (Brasil), Miguel La Rota Uprimny (Colômbia), Luis Rodolfo Ramírez García, Mario Avalos Quispal e Mario Ernesto Archila Ortiz (Guatemala), Miguel Sarre Iguíniz (México) e Nataly Ponce Chauca (Peru). Os autores receberam um apoio valioso dos pesquisadores cujos nomes aparecem nos respectivos capítulos na Parte II. Agradecemos a Juanita Durán pela edição final do texto e estendemos nossa gratidão a todos aqueles que, aqui mencionados ou não, contribuíram no projeto de pesquisa e no livro.

Esperamos que este livro, assim como o estudo original, contribua para um conhecimento mais aprofundado e para a compreensão dos fatores que influenciam a defesa criminal efetiva. Nosso objetivo é que ele seja uma fonte de inspiração para a formulação de programas construtivos e eficazes que contemplem políticas e ações que

estabeleçam os parâmetros e diretrizes regionais requeridos dentro da Organização dos Estados Americanos, do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e dos sistemas nacionais, por meio de mecanismos que assegurem o acesso à defesa criminal efetiva a todos que dela necessitam. A pesquisa e o livro serão apresentados no primeiro semestre de 2015.

Acreditamos que este livro proporcionará uma fonte valiosa de informação e de análise. As milhares de pessoas que são presas, detidas ou processadas a cada ano em toda a América Latina têm o direito a serem tratadas de maneira justa e equitativa. Esse direito deve tornar-se realidade.

Janeiro de 2015

Alberto Binder
Ed Cape
Zaza Namoradze

SUMÁRIO

Prefácio e agradecimentos V
Sumário IX
Biografias XXVII

PARTE I. DEFESA CRIMINAL EFETIVA NO CONTEXTO DA AMÉRICA LATINA 1

Capítulo 1. Defesa Criminal Efetiva e Imparcialidade de julgamento 3

1. Introdução 3
2. Defesa criminal efetiva e imparcialidade de julgamento 6
3. O projeto de pesquisa e a metodologia 10
   3.1 A meta e os propósitos do projeto 11
   3.2 O conteúdo e o âmbito do projeto 12
   3.3 A metodologia do projeto 13
4. O direito a um julgamento imparcial no contexto internacional 15
   4.1 O contexto mundial 15
   4.2 O sistema de direitos humanos na América Latina 19
   4.3 A abordagem europeia 21
      4.3.1 Introdução 21
      4.3.2 A Convenção Europeia de Direitos Humanos 22
      4.3.3 A União Europeia e diretos processuais 26
      4.3.4 Direitos processuais na Europa — um exemplo 29
5. Conclusões 32
6. Bibliografia 33

Capítulo 2. Parâmetros sobre defesa penal efetiva na América Latina 35

1. Introdução.....35
2. O contexto de uma justiça criminal em processo de mudança.....39
   2.1 A Corte Interamericana. Preocupações de época 41
   2.2 Os modelos de organização inquisitoriais. O problema da burocratização dos problemas 43
   2.3 O exercício da advocacia: formalismo contra o exercício dos direitos 44
   2.4 Condições carcerárias e defesa.....46
   2.5 Devido processo, julgamento imparcial ou julgamento justo.....47
   2.6 Alguns esclarecimentos sobre os sistemas penais (infrações penais, imputação de fato e formal, apreensão, prisão, detenção) 50
3. Parâmetros internacionais 54
   3.1 Direito a contar com informação 57
      3.1.1 Direito a ser informado sobre a natureza e causas da prisão ou detenção e os direitos que decorrem dessa situação.....59
      3.1.2 Direito a ser informado sobre o tipo e as causas da imputação ou acusação (denúncia) 63
      3.1.3 Direito a obter informação sobre os direitos relativos à sua defesa que lhe são garantidos.....65
      3.1.4 Direito a ter acesso ao material probatório e ao inquérito policial (dossiê, processo, arquivo, sumário de instrução etc.) 67
   3.2 Direito a se defender e a contar com assistência legal 68
      3.2.1 Direito do acusado a defender-se e representar-se pessoalmente.....68
      3.2.2 Direito a contar com assistência e representação legal (técnica) de sua confiança e livre escolha 70
      3.2.3 Direito a contar com assistência legal durante o interrogatório 71
      3.2.4 Direito a se comunicar reservadamente com o advogado defensor 72
      3.2.5 Direito a escolher e contar gratuitamente com os serviços de um advogado, para as pessoas que não puderem pagá-lo 73
      3.2.6 Direito a que os advogados sejam regidos por padrões

profissionais mínimos, devam orientar-se exclusivamente pelo interesse de seu defendido e sejam independentes.....74
3.3 Direitos ou garantias judiciais genéricas relativas ao julgamento imparcial (fair trial) 76
3.3.1 Direito à presunção de inocência 76
3.3.2 Direito a permanecer em silêncio ou a não depor contra si mesmo.....78
3.3.3 Direito a permanecer em liberdade durante o processo enquanto o julgamento se encontrar pendente.....79
3.3.4 Direito de presença e participação no julgamento 84
3.3.5 Direito a que as decisões que o afetem sejam motivadas em fundamentos razoáveis 85
3.3.6 Direito a uma revisão integral da sentença condenatória 87
3.4 Direitos ou garantias vinculadas com a efetividade da defesa.....89
3.4.1 Direito a investigar o caso e a propor provas 89
3.4.2 Direito a contar com suficiente tempo e possibilidades para preparar a defesa 90
3.4.3 Paridade de armas na produção e controle da prova e no desenvolvimento das audiências púbicas e contraditórias.....91
3.4.4 Direito a contar com um intérprete de sua confiança e à tradução dos documentos e provas.....92
4. Considerações finais 93
5. Bibliografia 94

PARTE II. ESTRATÉGIAS NACIONAIS EFETIVAS PARA A DEFESA CRIMINAL.....97

Capítulo 3. Análise por país. Argentina 99

1. Introdução.....99
1.1 Informação política e demográfica 99
1.2 A seleção de jurisdições.....100
1.3 Descrição do sistema de justiça criminal. Estruturas organizacionais e reformas 100
1.4 Descrição do processo penal. Procedimentos e reformas.....104

1.4.1 O início da persecução penal 104
1.4.2 A acusação e a liberdade 105
1.4.3 A acusação 106
1.4.4 O julgamento 107
1.4.5 As vítimas e seus direitos 107
1.4.6 O controle das garantias 108
1.5 Problemas sociais e políticos vinculados à justiça penal 108
1.6 Definições metodológicas 109
2. Assistência jurídica gratuita 110
2.1 Os custos da defesa 110
2.1.1 Gasto em defesa pública por jurisdição 110
2.1.2 Rendimentos de defensores públicos comparados com outros atores 111
2.2 Organização da defesa jurídica gratuita 111
2.2.1 Esquema organizacional por jurisdição 112
2.2.2 Recursos materiais por jurisdição 115
3. Os direitos e sua implementação 116
3.1 Direito à informação 116
3.1.1 Direito a ser informado das causas da prisão e os direitos que emanam dessa situação 116
3.1.2 Direito a ser informado sobre a acusação 117
3.1.3 Direito a ser informado sobre as possibilidades defensivas do acusado 119
3.1.4 Direito a ter acesso aos elementos de prova em contrário . 120
3.2 O direito a se defender ativamente 121
3.2.1 Direito à autodefesa 121
3.2.2 Direito a escolher e a contar com um defensor de confiança e qualidade técnica 122
3.2.3 Direito a ser interrogado na presença do defensor 125
3.2.4 Direito a se comunicar reservadamente com o defensor ... 126
3.2.5 Direito a contar com um defensor designado pelo Estado quando o acusado não puder pagar por um 127
3.2.6 Direito a que o defensor preserve os interesses de seu assistido sem aderir a outros critérios ou diretrizes superiores 129
3.3 Direitos processuais 130

3.3.1 Direito a permanecer em liberdade durante o processo.....130
3.3.2 Direito à presença e participação direta durante o julgamento.....135
3.3.3 Direito à presunção de inocência e a ser tratado como tal.....136
3.3.4 Direito a permanecer em silêncio durante todo o processo.....138
3.3.5 Direito a decisões fundamentadas.....139
3.3.6 Direito a uma revisão integral da sentença condenatória..141
3.3.7 Direito à defesa efetiva durante a execução da pena.....143
3.4 Garantias da efetividade da defesa.....144
3.4.1 Direito a investigar o caso e propor provas.....144
3.4.2 Direito a contar com suficiente tempo e possibilidades para preparar a defesa.....146
3.4.3 Paridade de armas na produção e no controle da prova em todas as instâncias.....148
3.4.4 Direito a contar com um intérprete de confiança e à tradução de documentos e provas.....151
4. A cultura profissional de defensores particulares e públicos.....153
4.1 Regras e percepção sobre o papel dos advogados defensores e seus deveres com o cliente.....153
4.1.1 O papel dos advogados nas regras das associações profissionais.....153
4.1.2 Normas éticas e sanções disciplinares.....154
4.2 As associações de advogados e seu papel.....156
4.3 Responsabilidade das associações profissionais na assistência jurídica gratuita.....156
4.4 Mecanismos de controle de qualidade do serviço jurídico.....157
4.5 A independência profissional dos advogados defensores.....158
5. Direitos dos povos indígenas.....159
5.1 Reconhecimento normativo dos povos indígenas.....159
5.2 Instituições específicas para a defesa de membros de povos indígenas.....160
5.3 Advogados especializados na defesa de membros de povos **indígenas**.....160
5.4 Audiências em idiomas indígenas.....161

5.5 Reconhecimento de penas impostas por tribunais indígenas 161
6. O compromisso político com a defesa criminal efetiva 162
6.1 A questão penal no discurso público 162
6.2 Os processos de reforma. Situação atual 163
6.3 Outras penalidades: os códigos de contravenções 165
7. Conclusões 167
8. Recomendações 171
9. Bibliografia 173

Capítulo 4. Análise por país. Brasil 181

1. Introdução 181
1.1 Contexto político, social e cultural da formação do sistema de justiça brasileiro 181
1.2 Breve síntese sobre a estrutura e o procedimento do sistema de justiça criminal brasileiro 183
1.3 Justificativa do recorte geográfico e metodologia da pesquisa 187
2. Assistência judiciária 191
3. Direitos legais e sua implementação 198
3.1 Direito à informação 198
3.2 Direito à defesa e à autodefesa 201
3.3 Direitos processuais 207
3.3.1 Direito de responder ao processo em liberdade e questões relacionadas a prisão processual 212
3.3.2 Direito de presença em seu julgamento 215
3.3.3 Direito à presunção de inocência 216
3.3.4 Direito ao silêncio 217
3.3.5 Direito a decisões fundamentadas 217
3.3.6 Direito de defesa durante a execução da pena 218
3.4 Direitos relativos à defesa efetiva 219
3.4.1 Direito de investigar o caso 219
3.4.2 Direito a tempo e instalações adequadas para preparar a defesa 221

3.4.3 Direito a paridade de armas na inquirição de testemunhas 221
3.4.4 Direito a tradução e intérprete para os não falantes da língua nativa 222
4. Cultura profissional dos advogados de defesa e defensores públicos 223
4.1 As associações profissionais de advogados 223
4.2 O papel do advogado no procedimento criminal e seus deveres para com os clientes 223
4.3 Mecanismos de garantia e independência profissional individual dos advogados de defesa 225
5. Direitos relativos às populações nativas 226
6. Comprometimento político com a eficácia da defesa 228
6.1 Análise crítica das políticas governamentais referentes à defesa criminal e à assistência judiciária 228
6.2 O impacto da cultura punitivista 230
6.3 Percepções da população e abordagens da mídia sobre casos criminais como fatores de influência nos operadores do direito 231
7. Direitos mais recorrentemente mencionados 232
8. Conclusões 232
9. Recomendações 237
10. Bibliografia 239

Capítulo 5. Análise por país. Colômbia 241

1. Introdução 241
1.1 Informação sociodemográfica básica 242
1.2 Índices de criminalidade e situação carcerária 243
1.3 Caracterização do sistema penal 244
1.4 O processo penal no âmbito do sistema acusatório 245
2. Assistência legal 247
2.1 Estrutura e organização da defensoria pública 247
2.2 O serviço de defesa pública 249
2.2.1 Os defensores públicos 249
2.2.2 Os usuários 252

2.2.3 Prestação do serviço de defesa pública 254
3. Direitos legais e sua implementação 257
3.1 Direito à informação 257
3.2 Direito à autodefesa 260
3.3 Direitos processuais 265
3.3.1 Direito a manter a liberdade durante o julgamento e questões relativas à prisão preventiva 265
3.3.2 Direito a estar presente no julgamento 266
3.3.3 Direito à presunção de inocência 267
3.3.4 Direito a permanecer calado 268
3.3.5 Direito a que as decisões sejam motivadas 270
3.3.6 Direito a recorrer e outros direitos processuais posteriores à sentença 271
3.4 Direitos relativos à defesa efetiva 272
3.4.1 Princípio de paridade de armas e direitos da defesa na investigação 272
3.4.2 Direito a contar com tempo e condições adequadas para preparar a defesa 276
3.4.3 Direito à paridade de armas na inquirição das testemunhas 277
3.4.4 Direito a contar gratuitamente com intérpretes nas audiências e obter traduções dos processos 277
4. A cultura profissional dos advogados defensores 278
5. Compromisso político com a defesa criminal efetiva 279
6. Conclusões 280
7. Recomendações 285
8. Bibliografia 289

Capítulo 6. Análise por país. Guatemala 293

1. Introdução 293
1.1 Informação política e demográfica 293
1.2 Descrição geral do sistema de justiça criminal 294
1.3 Estrutura geral do sistema de justiça criminal e descrição do processo penal 295

1.4 O fenômeno da criminalidade e a resposta do Estado 299
2. Assistência legal 300
3. Direitos associados ao direito de defesa criminal e sua implementação na prática 306
3.1 Direito a contar com informação 306
3.2 Direito à própria defesa criminal e à representação legal.....308
3.3 Direitos processuais 309
3.3.1 Direito a permanecer em liberdade durante o processo enquanto o julgamento se encontrar pendente 309
3.3.2 Direito do acusado a ser julgado em sua presença.....311
3.3.3 Direito à presunção de inocência 313
3.3.4 Direito a permanecer em silêncio e/ou a não depor contra si mesmo.....314
3.3.5 Direito a que as decisões que o afetam sejam motivadas em fundamentos razoáveis 316
3.3.6 Direito a recorrer 317
3.3.7 Direito à assistência legal durante a etapa de execução penal 319
3.4 Direitos relativos à efetiva defesa criminal 319
3.4.1 Direito a investigar o caso e a propor provas 319
3.4.2 Direito a contar com tempo suficiente e possibilidades para preparar a defesa.....322
3.4.3 Direito à paridade de armas na produção e no controle das provas e em desenvolvimento das audiências públicas e contraditórias 324
3.4.4 Direito a contar com um intérprete de sua confiança e à tradução dos documentos e provas.....326
3.5 Direito de defesa durante a execução da pena.....327
3.6 Direito de defesa relativo aos povos indígenas 329
4. A cultura profissional das advogadas e dos advogados defensores 331
5. Compromissos políticos para uma efetiva defesa criminal 335
6. Conclusões 336
7. Recomendações 339
8. Bibliografia 340

Capítulo 7. Análise por país. México 343

1. Introdução.....343
   1.1 Informação demográfica e política básica 343
   1.2 Descrição geral do sistema de justiça criminal 344
   1.3 O processo penal e suas etapas 345
      1.3.1 Distrito Federal (sistema tradicional) 346
      1.3.2 Baixa Califórnia (sistema acusatório).....347
   1.4 Índices de criminalidade e população penitenciária 349
2. Sistema de defesa criminal 350
3. Direitos do acusado e sua aplicação.....354
   3.1 Direito à informação.....354
      3.1.1 Direito a ser informado sobre a natureza e as causas dada prisão ou detenção e os direitos decorrentes dessa situação.....355
      3.1.2 Direito a ter acesso à investigação do procurador ou do Ministério Público 357
      3.1.3 Direito a ser informado sobre a natureza e as causas da imputação ou acusação.....358
   3.2 Direito a defender-se e a contar com assistência legal 359
      3.2.1 Direito a contar com assistência legal durante os interrogatórios 359
      3.2.2 Direito à comunicação reservada com o advogado defensor 360
      3.2.3 Direito à defesa técnica 361
      3.2.4 Direito à defesa adequada na fase de execução penal 363
   3.3 Direitos e garantias vinculadas à efetividade da defesa.....365
      3.3.1 Direito a oferecer provas e testemunhas 365
      3.3.2 Direito a contar com tempo suficiente e possibilidades para preparar a defesa 366
      3.3.3 Paridade de armas na produção e controle da prova e no desenvolvimento das audiências públicas e contraditórias 367
      3.3.4 Direito a contar com um intérprete de sua confiança e à tradução dos documentos e provas.....368
   3.4 Direitos ou garantias judiciais relativas ao julgamento imparcial 370

3.4.1 Direito à presunção de inocência 370
3.4.2 Direito a se manifestar ou a permanecer em silêncio 372
3.4.3 Direito a permanecer em liberdade durante o processo, enquanto se espera pelo julgamento 375
3.4.4 Direito a ser julgado em um prazo razoável 377
3.4.5 Direito a ser julgado em audiência pública por um juiz independente e imparcial 378
3.4.6 Direito a que as decisões que afetam os acusados sejam motivadas em fundamentos razoáveis 380
3.4.7 Direito a uma revisão integral da sentença condenatória ..381
4. Cultura profissional dos advogados litigantes 382
5. Políticas públicas para uma defesa criminal efetiva 385
6. Conclusões 386
7. Recomendações 389
8. Bibliografia 390

Capítulo 8. Análise por país. Peru. 397

1. Informação sociodemográfica básica 397
1.1 Informação demográfica e política básica 397
1.2 Descrição geral do sistema de justiça criminal 398
1.3 Estrutura do novo modelo processual penal 399
1.4 Os níveis de criminalidade e a população carcerária 401
1.4.1. Níveis de delitos e insegurança cidadã 401
1.4.2 População carcerária.....402
2. A assistência jurídica 402
2.1 Organização e gestão do sistema de assistência jurídica 403
2.2 A despesa com assistência jurídica penal.....404
2.3 Métodos de acesso à assistência jurídica penal 406
2.4 Elegibilidade para assistência jurídica penal e procedimentos da nomeação 408
2.4.1 O mecanismo para a designação do defensor público conforme quem o solicita.....409
2.5 Remuneração da assistência jurídica penal 410
3. Direitos reconhecidos legalmente e sua aplicação 413
3.1 O direito à informação 413

3.1.1 Direito a ser informado sobre a natureza e as causas da detenção....413
3.1.2 Direito a ser informado sobre a natureza e as causas da acusação....414
3.1.3 Direito a obter acesso à informação relevante do caso durante a fase policial, ministerial e judicial....416
3.2 O direito à defesa....418
3.2.1 Direito de a pessoa imputada defender-se e representar-se pessoalmente....418
3.2.2 Direito a contar com assistência e representação legal (técnica) de sua confiança e de livre escolha....419
3.2.3 Contar gratuitamente com os serviços de um advogado em caso de não poder arcar com os custos....420
3.2.4 Direito a conversar reservadamente com o defensor....421
3.2.5 Direito a contar com assistência legal durante o interrogatório....423
3.3 Os direitos processuais....424
3.3.1 O direito de responder ao processo em liberdade....424
3.3.2 Direito do acusado a ser julgado em sua presença....426
3.3.3 Direito à presunção de inocência....427
3.3.4 Direito a permanecer em silêncio....428
3.3.5 Direito às decisões motivadas....429
3.3.6 Direito a recorrer das sentenças....430
3.4 Direitos relacionados a uma defesa efetiva....432
3.4.1 O direito a investigar o caso....432
3.4.2 Direito a contar com tempo e meios adequados para preparar a defesa....433
3.4.3 Direito à paridade de armas na avaliação de testemunhas....434
3.4.4 Direito a contar com serviços de interpretação e tradução de documentos sem custo....434
4. A cultura profissional dos defensores....436
5. Direito dos povos indígenas....441
6. O compromisso político com a defesa criminal efetiva....442
7. Conclusões....444
Recomendações....447
8. Bibliografia....448

PARTE III. ANÁLISE, CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES.....451

Capítulo 9. Conquistas e debilidades no cumprimento dos padrões internacionais..... 453

1. Introdução.....453
2. O contexto específico de cada país. O grau de avanço da reforma da justiça criminal.....454
3. Limites da pesquisa.....458
4. Eixos temáticos.....459

4.1 Direito a contar com informação.....459

4.1.1 Direito a ser informado sobre a natureza e as causas da prisão ou detenção e os direitos que emanam dessa situação.....462

4.1.2 Direito a ser informado sobre a natureza e as causas do indiciamento ou acusação.....463

4.1.3 Direito a obter informação sobre os direitos relativos à sua defesa que lhe estão garantidos.....465

4.1.4 Direito a obter acesso à prova material do caso e ao inquérito policial (alegação, processo, arquivo, sumário etc.).....466

4.2 Direito à defesa e a contar com um defensor.....467

4.2.1 Direito de a pessoa imputada defender-se e representar-se pessoalmente.....467

4.2.2 Direito a contar com assistência e representação legal (técnica) de sua confiança e de livre escolha.....469

4.2.3 Direito a contar com assistência jurídica durante o interrogatório.....470

4.2.4 Direito à entrevista reservada com o advogado defensor...471

4.2.5 Direito a escolher e a contar gratuitamente com os serviços de um advogado quando não se pode arcar com os custos.....472

4.2.6 Direito a que os advogados sejam regidos conforme parâmetros profissionais mínimos, a que devam ser orientados exclusivamente pelo interesse de seu defendido e sejam independentes.....474

4.3 Direitos ou garantias judiciais gerais, relativas ao julgamento imparcial.....476

4.3.1 Direito à presunção de inocência 476
4.3.2 Direito a permanecer em silêncio ou a não depor contra si mesmo.....477
4.3.3 Direito a permanecer em liberdade durante o processo enquanto se espera pelo julgamento 478
4.3.4 Direito a estar presente no julgamento e a participar dele.480
4.3.5 Direito a que as decisões que afetam o acusado sejam motivadas em fundamentos razoáveis.....481
4.3.6 Direito a uma revisão integral da sentença condenatória ..482
4.4 Direitos vinculados à defesa criminal efetiva 483
4.4.1 Direito a investigar o caso e a produzir provas.....483
4.4.2 Direito a contar com suficiente tempo e possibilidades para preparar a defesa.....484
4.4.3 Paridade de armas na produção e no controle da prova e no desenvolvimento das audiências públicas e contraditórias 485
4.4.4 Direito a contar com um intérprete de sua confiança e à tradução dos documentos e provas.....486
5. Problemas especiais.....487
5.1 Defesa durante a execução da pena 487
5.2 Situação dos povos originários 489
6. Conclusões 490

Capítulo 10. Aperfeiçoando o acesso à defesa criminal efetiva 493

1. Introdução.....493
2. Temas comuns.....496
2.1 Violação aos direitos processuais 496
2.2 Uso excessivo da prisão provisória.....500
2.3 Tempo, meios e informação inadequados para analisar as provas e preparar a defesa.....502
2.4 Ausência de acesso à representação legal e assistência jurídica competente e independente 504
2.5 Qualidade e culturas profissionais.....506
3. Conclusões e recomendações de cada um dos países 508
3.1 Argentina.....508

3.1.1 Questões importantes 508
3.1.2 Recomendações 513
3.2 Brasil 514
3.2.1 Questões importantes 514
3.2.2 Recomendações 518
3.3 Colômbia 519
3.3.1 Questões importantes 519
3.3.2 Recomendações 522
3.4 Guatemala 526
3.4.1 Questões importantes 526
3.4.2 Recomendações 528
3.5 México 529
3.5.1 Questões importantes 529
3.5.2 Recomendações 532
3.6 Peru 533
3.6.1 Questões importantes 533
3.6.2 Recomendações 536
4. Bibliografia 537

ANEXOS 539

Anexo I. Desenvolvimento particularizado dos parâmetros internacionais sobre defesa criminal efetiva 541

1. Direito a ser informado sobre a natureza e as causas da prisão ou detenção e os diretos que decorrem dessa situação (CADH, art. 7º, §4º) 542
2. Direito a ser informado sobre a natureza e as causas do indiciamento ou acusação (CADH, art. 8º, §2º, inc. b) 542
3. Direito a obter informação sobre os direitos relativos à sua defesa que lhe são garantidos (CADH, art. 8º, §2º, inc. c) 543
4. Direito a obter acesso à prova material do caso e ao inquérito policial (dossiê, processo, arquivo, sumário, pastas etc.) (CADH, art. 8º, §2º, inc. f; CADH, art. 7º, §4º) 543

5. Direito à autodefesa (CADH, art. 8º, §2º, inc. d).....543

6. Direito a contar com assistência e representação legal (técnica) de sua confiança e livre escolha (CADH, art. 8, §2º, inc. d) 544

7. Direito a contar com assistência legal durante interrogatório (CADH, art. 8, §2º, inc. d) 544

8. Direito à comunicação reservada com o advogado defensor (CADH, art. 8, §2º, inc. d) 544

9. Direito a que os advogados sejam regidos por padrões profissionais mínimos, orientados exclusivamente pelo interesse de seu assistido e a que sejam independentes (CADH, art. 8, §2º, inc. d).....545

10. Direito a escolher e contar gratuitamente com os serviços de um advogado, para as pessoas que não puderem pagá-lo (CADH, art. 8, §2º, inc. e) 545

11. Direito à presunção de inocência (CADH, art. 8, 2, §1º) 545

12. Direito a permanecer em silêncio ou a não depor contra si mesmo (CADH, art. 8º, §2º, inc. g, e CADH, art. 8º, §3º) 546

13. Direito a permanecer em liberdade durante o processo, enquanto se espera pelo julgamento (CADH, arts. 7º, 2, 3, e 5).....546

14. Direito a estar presente no julgamento e a participar dele (CADH, art. 8º, §2º, inc. d) 546

15. Direito a que as decisões que afetam o acusado sejam motivadas em fundamentos razoáveis (CADH, art. 8º, §1º) 547

16. Direito a uma revisão integral da sentença condenatória (CADH, art. 8º, §2º, inc. h) 547

17. Direito a investigar o caso e a propor provas (CADH, art. 2º, inc. f).....547

18. Direito a contar com tempo suficiente e possibilidades para preparar a defesa (CADH, art. 2º, inc. c) 547

19. Direito à paridade de armas na produção, no controle da prova e no desenvolvimento das audiências públicas e com respeito ao contraditório (CADH, art. 2º, §1º).....548

20. Direito a contar com um intérprete de sua confiança e à tradução dos documentos e provas (CADH, art. 2º, inc. a).....548

Anexo II. Anexo 1 Diretiva 2012/13/ue do parlamento europeu e do conselho de 22 de maio de 2012 549

Modelo Indicativo de Carta de Direitos 549
A. ASSISTÊNCIA POR UM ADVOGADO/DIREITO A ASSISTÊNCIA JURÍDICA.....549
B. INFORMAÇÕES ACERCA DA ACUSAÇÃO 549
C. INTERPRETAÇÃO E TRADUÇÃO 550
D. DIREITO AO SILÊNCIO 550
E. ACESSO AOS DOCUMENTOS 550
F. INFORMAR OUTRAS PESSOAS SOBRE A SUA DETENÇÃO OU PRISÃO/INFORMAR O SEU CONSULADO OU EMBAIXADA 550
G. ASSISTÊNCIA MÉDICA URGENTE 551
H. PRAZO DE PRIVAÇÃO DE LIBERDADE 551

Anexo III. Formato para a revisão documental 553

1. Estatísticas gerais e outra informação 554
1.1 Auxílio para a assistência jurídica/despesa nacional 554
1.2 Sistema de justiça criminal.....555
1.3 A profissão legal.....556
1.4 Direito à informação sobre a acusação 556
1.5 O direito à defesa.....558
1.6 Facilitar uma defesa efetiva 562
1.7 O direito aos serviços de interpretação e tradução 566
1.8 Garantias adicionais para grupos vulneráveis.....567
1.9 Garantias para os julgamentos a revelia 567

Anexo IV. Formato da resenha crítica..... 569

Finalidade da resenha crítica.....569
Guia de estilo 570
1. Introdução.....570
2. O delito e seu contexto social e político 570
3. A estrutura e os processos do sistema de justiça criminal.....571
4. Profissionais e instituições da justiça criminal 572

5. A organização da assistência jurídica 572
6. Direitos e liberdades 573
7. Conclusões preliminares 573
8. Bibliografia selecionada 573

Anexo V. Estrutura do relatório do país 575

1. Introdução (1.800) 575
2. Justiça gratuita (900) 575
3. Direitos legais e sua implementação (9.300) 576
   3.1. O direito à informação 576
   3.2. O direito à autodefesa 576
   3.3. Direitos processuais 577
   3.4. Direitos relativos à defesa efetiva 577
4. A cultura profissional dos advogados defensores/defensores públicos (1.800) 578
5. Compromisso político com uma defesa criminal efetiva (600) 579
6. Conclusões (900) 579
7. Bibliografia 579

BIOGRAFIAS

Alberto M. Binder

Professor de Direito Processual Penal no Departamento de Pós-graduação da Universidad de Buenos Aires e na Universidad del Comahue, Argentina. Vice-Presidente do Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales (Inecip). Assessor técnico dos processos de reforma judicial na Argentina, Chile, Bolívia, Paraguai, Equador, Venezuela, Honduras, El Salvador, Guatemala, República Dominicana, entre outros. Codiretor da revista *Sistemas Judiciales* do Centro de Estudios de Justicia de las Américas (Ceja).

Ed Cape

Professor de Prática do Direito Penal pela University of the West of England, Bristol, Reino Unido. É especialista em direito processual penal, especialmente da fase inicial do processo penal, e conduziu vários projetos de pesquisas, como *Effective Criminal Defence in Europe* (2010), *Effective Criminal Defence in Eastern Europe* (2012), e *Inside Police Custody: An Empirical Account of Suspects' Rights in Four Jurisdictions*. É também autor de *Improving Pretrial Justice: the Roles of Lawyers and Paralegals* (OSJI, 2012) e *Early Access to Legal Aid in Criminal Justice Processes: a Handbook for Policymakers and Practitioners* (UNODC/UNDP, 2014).

Zaza Namoradze

Diretor do Escritório da Open Society Justice Initiative em Budapeste. É responsável pelas atividades relativas a assistência jurídica e direitos dos acusados e também

ao empoderamento legal na Europa, Oriente Médio, Sudeste da Ásia e América Latina. É especialista em defesa criminal e assistência jurídica. Esteve envolvido com as reformas no campo da assistência jurídica em uma série de países de distintas regiões, assim como no desenvolvimento de parâmetros para o direito à defesa nas Nações Unidas e na União Europeia. Foi coautor de publicações como *Effective Criminal Defence in Europe* (2010) e *Effective Criminal Defence in Eastern Europe* (2012). Anteriormente, atuou como advogado e diretor adjunto do Instituto de Política Constitucional e Legal em Budapeste, onde dirigiu projetos de reforma constitucional e judicial. Formou-se na Faculdade de Direito Internacional da Tbilisi State University em 1992, estudou no Programa de Constitucionalismo Comparado da Central European University, em Budapeste, e realizou LLM na University of Chicago Law School (1994).

Lucas Gilardone

Advogado pela Universidad Nacional de Córdoba (UNC, 2002), LLM em Direitos Humanos pela Central European University (CEU-Budapeste, 2008), OSJI Fellow (2007-2009). Faz parte do Inecip Córdoba desde 2002, onde tem trabalhado em áreas de segurança democrática, extensionismo, clínica jurídica de interesse público e, recentemente, reforma de justiça. Desde 2004 litiga em casos civis e ambientais.

Sebastián Narvaja

Advogado e doutorando da Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Membro do Conselho Diretivo do Inecip. Pesquisador da Secretaria de Ciência e Tecnologia da UNC (2006-2011) e do Inecip.

Alfredo Pérez Galimberti

Advogado pela Universidad Nacional de La Plata (UNLP, 1977). Especialista em Direito Penal pela Universidad de la Patagonia (UNP, 1997). Defensor Geral Substituto do estado de Chubut. Membro do Conselho Diretivo do Inecip. Professor de Direito Processual Penal e Litigância (UNP).

Francisco Gabriel Marull

Advogado e mestre em Ciências Penais. Vice-Diretor da Faculdade de Ciências Econômicas e Jurídicas da Universidad Nacional de La Pampa. Professor de Direito

Processual Penal e Adaptação Profissional aos Procedimentos Penais na mesma instituição. Docente dos cursos de aperfeiçoamento do Inecip.

Isadora Fingermann

Formada em Direito pela Universidade de São Paulo em 2004. Especialista em Direito Penal Econômico pela Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas em 2007, instituição onde também cursou a especialização em Políticas Públicas no Sistema Judicial em 2013. Atuou como advogada criminalista de 2005 a 2012. Atualmente, é diretora executiva do Instituto de Defesa do Direito de Defesa.

Maíra Cardoso Zapater

Formada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2001 e em Ciências Sociais pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo em 2006. Atualmente, cursa seu doutorado em Direitos Humanos na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, cuja conclusão está prevista para 2016. Professora universitária e pesquisadora na área de Direito.

Ludmila Vasconcelos Leite Groch

Formada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie em 1999. Mestra em Direito Penal pela Universidade de São Paulo em 2004. Professora de Direito Penal, de 2004 a 2008, nas faculdades Cruzeiro do Sul e Salesiana e Universidade Estadual de Londrina, onde foi professora convidada para o curso de pós-graduação em Direito de Estado. Atualmente, é sócia do escritório especializado em Direito Criminal Alonso e Leite Groch Advogados e diretora do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD).

Rafael Custódio

Formado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2006. Especialista em Direito Penal, Econômico e Europeu pelo Instituto Penal, Econômico e Europeu da Universidade de Coimbra em colaboração com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Trabalhou como advogado criminalista até 2012, quando assumiu a função de coordenador do Programa de Justiça da Conectas

Direitos Humanos, cargo que exerce até hoje. Membro do Conselho da Comunidade da Comarca de São Paulo.

Vivian Calderoni

Formada em Direito pela Universidade de São Paulo e mestra em Direito Penal e Criminologia pela mesma universidade. Desde 2011 exerce o cargo de advogada do Programa de Justiça da Conectas Direitos Humanos. É autora do livro *Luz e Sombra no Sistema Prisional: percepções de juízes sobre agentes penitenciários*. Também é professora de Criminologia em cursos preparatórios para concursos jurídicos.

Carolina Bernal

Advogada, formada pela Universidad Eafit e especialista em Economia pela Pontificia Universidad Javeriana. Trabalhou durante cinco anos com política criminal como pesquisadora da área de sistema judicial do Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia). Atualmente, atua como assessora da Subdiretoria de Políticas Públicas da Procuradoria-Geral da Nação, onde coordena a realização de experiências econômicas para a avaliação de alternativas às políticas de investigação criminal.

Miguel LaRota Uprimny

Advogado e economista pela Universidad de Los Andes (Colômbia), e mestre em Políticas Públicas e Administração Pública pela Columbia University (EUA). Foi pesquisador principal do Dejusticia. Autor e coautor de várias publicações relacionadas com o sistema judicial, entre elas: *Ante la justicia: necesidades jurídicas y acceso a la justicia en Colombia* e *Esfuerzos irracionales: investigación penal del homicidio y otros delitos complejos*.

Juan Pablo Muñoz Elías

Cursou Ciências Sociais, História e Direito na Universidade de San Carlos de Guatemala. Realizou pesquisas sobre história do direito e justiça penal juvenil. Atualmente, coordena a área de estudos sobre o poder do Centro de Políticas Públicas para o Socialismo (CEPPAS-Guatemala) e é pesquisador do Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala.

Luis Rodolfo Ramírez García

Formado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad de San Carlos de Guatemala (USAC). Pesquisador habilitado em Sociologia e Ciência Política pela Universidad Pontificia de Salamanca, Espanha. Pós-graduado em Direito Penal pela Universidad de Salamanca, Espanha. Especialista em Direito Indígena pela USAC e pela Universidad Autónoma de México. Consultor de organizações internacionais para processos de reforma da justiça criminal na América Central e no Caribe. Pesquisador do Instituto de Pesquisas Jurídicas e Sociais da USAC. Autor de pesquisas sobre reforma judicial. Coautor do *Manual de Derecho Penal Guatemalteco*.

Mario Ernesto Archila Ortíz

Formado em Ciências Jurídicas. Advogado e tabelião pela Universidad de San Carlos de Guatemala. Pós-graduado em Direitos Humanos e Ciências Penais. Realizou e revisou pesquisas sociais vinculadas ao funcionamento do sistema de justiça criminal, segurança cidadã e justiça de transição. Atualmente, dirige o Departamento de Pesquisas do Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala.

Mario Ávalos Quispal

Formado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad de San Carlos de Guatemala (USAC). Mestre em Direitos Humanos pela Universidad Carlos III de Madri, Espanha, e em Democracia e Bom Governo pela Universidad de Salamanca, Espanha. Realizou e revisou pesquisas sociais sobre criminalidade e justiça penal juvenil, direitos dos povos indígenas e pluralismo jurídico. Atualmente, dirige o Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala.

Ana Aguilar García

Advogada formada pela Escola Livre de Direito. Mestra em Direitos Humanos (LLM) pela Central European University e especialista em Direito Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos Humanos pela Universidad de Pisa. Diretora de Projetos do Instituto de Justicia Procesal Penal (IJPP). Certificada como capacitadora para a reforma processual penal pelo Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA). Foi consultora externa do escritório do Alto Comissariado para os Direitos Humanos das Nações Unidas no México no tema de indicadores de julgamento justo. Coautora do livro *Servicios previos al juicio - Manual de implementación*

e autora do fascículo *Presunción de inocencia*, publicado pela Comissão Nacional de Direitos Humanos.

Gregorio González Nava

Advogado com menção honrosa pela Universidad de Colima e mestre em Direito pela Universidad Autónoma de México (Unam). Atuou como pesquisador do Instituto de Justicia Procesal Penal. Atualmente, trabalha no Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (IFAI). O *Informe sobre la justicia para adolescentes en conflicto con la ley penal en* México (2013) é seu livro mais recente, do qual foi coautor.

Miguel Sarre Iguíniz

Advogado formado pela Escola Livre de Direito e mestre em Direitos Humanos pela University of Notre Dame nos Estados Unidos. Professor em tempo integral do Instituto Tecnológico Autónomo de México. Especialista em devido processo para a execução penal.

Liliana Bances Farro

Advogada, mestra em Direito Penal pela Pontificia Universidad Católica do Peru. Cursou o Programa Interamericano de Formação de Capacitadores para a Reforma Processual Penal (CEJA, Chile, 2011). É coordenadora da Área de Estudos e Pesquisas do Centro para el Desarrollo de la Justicia y la Seguridad Ciudadana (CERJUSC). Desenvolveu diversas pesquisas sobre reforma processual penal e sobre a segurança cidadã. Entre suas publicações, destacam-se: *Estudio de línea de base para la implementación de una oficina de servicios previos al juicio en el distrito judicial de Huaura, Perú* (CERJUSC, 2013), *Estudio para el fortalecimiento de la transparencia, la rendición de cuentas y el monitoreo social del gasto público en la seguridad ciudadana* (CERJUSC, 2014), entre outras.

Nataly Ponce Chauca

Advogada, mestra em Estudos Latino-Americanos. É diretora executiva do CERJUSC. Tem vasta experiência como assessora técnica e pesquisadora nos âmbitos da justiça penal, dos direitos humanos e da segurança cidadã em países da América Latina. Entre suas últimas publicações, destacam-se: *La persecución de delitos com-*

plejos: capacidades penales de los sistemas penales en América Latina (coordenadora regional, Ceja, 2010), *La delincuencia organizada en un mundo globalizado: análisis de los fines, patrones y procesos comunes de las redes criminales en el Perú, y evaluación de las respuestas del Estado* (UNODC, 2014), *Diseño de indicadores para medir los resultados y el desempeño de las instituciones del sistema de justicia con la aplicación del Código Procesal Penal* (Cerjusc, 2014), entre outras.

Marion Isobel

Advogada e mestre pela Universidade de Queensland, na Austrália, com especialização em direito penal e direito internacional. É assessora jurídica da área de reforma da justiça criminal na Open Society Justice Initiative. Seu trabalho está concentrado em assistência jurídica e direito à defesa criminal. Antes de se juntar à Open Society Justice Initiative, trabalhou nas Câmaras Extraordinárias do Tribunal do Camboja, junto à promotoria responsável pela investigação de crimes ocorridos durante o regime de Khmer Vermelho. Foi professora de direito internacional público na University of the South Pacific em Vanuatu e trabalhou também na Thomas Reuters na Austrália.

PARTE I

DEFESA CRIMINAL EFETIVA NO CONTEXTO DA AMÉRICA LATINA

Alberto Binder
Ed Cape
Zaza Namoradze

CAPÍTULO 1. DEFESA CRIMINAL EFETIVA E IMPARCIALIDADE DE JULGAMENTO

1. Introdução

Durante as duas últimas décadas, a maioria dos países da América Latina tem sofrido importantes alterações nos seus sistemas de justiça criminal. Em muitos desses países, há reformas ainda em desenvolvimento. A maioria deles adotou novos códigos de processo penal que, conforme tem sido sugerido, representam a mais significativa reforma no processo penal na América Latina no período de aproximadamente duzentos anos.[1] Ainda que as reformas possuam particularidades nos diversos países e tenham resultado de uma variedade de pressões e influências, em geral elas consistem em uma mudança de um processo penal inquisitivo para o modelo acusatório. As reformas caracterizam-se pela introdução do julgamento oral conduzido em público, a introdução e/ou fortalecimento do papel do promotor nas etapas anteriores ao julgamento, o aprimoramento dos direitos de pessoas suspeitas e acusadas, e uma série de outras inovações concebidas para tornar o processo de julgamento mais eficiente, permitindo que as vítimas dos crimes tenham uma maior participação. Essa descrição, é claro, simplifica o complexo processo de discussão e contestação dessas reformas ao longo de décadas e que tem ocorrido de diferentes formas e diferentes graus em cada um dos países. No entanto, as mudanças são profundas e afetam, ou têm o potencial de afetar, todos aqueles envolvidos em um processo penal, o que inclui juízes, policiais, suspeitos ou acusados e as vítimas de um crime.

1 Langer, 2007, p. 618.

Costuma-se reconhecer que geralmente há uma significativa disparidade entre as previsões normativas — disposições constitucionais, legislação, regulamentos e procedimentos formais — e a maneira como os procedimentos criminais ocorrem e são vivenciados por aqueles que estão envolvidos nos processos. Essa situação é particularmente verdadeira durante os períodos de mudanças significativas que envolvem não somente modificações nas leis, mas também desafiam os tradicionais ou habituais procedimentos, a cultura e as atitudes profissionais. Logo, não se pode assumir que alterações na lei se traduzem em mudanças na prática ou que as intenções que motivaram as reformas legal e de procedimento sejam preservadas quando as reformas são mediadas pela variedade de instituições e indivíduos envolvidos nos sistemas e processos da justiça criminal. As instituições da justiça criminal desenvolvem e incorporam as suas próprias necessidades e culturas, que não necessariamente se alinham com o propósito legislativo; seus procedimentos e culturas geralmente conflitam ou mesmo geram tensão com aqueles de outras instituições. Mais ainda, indivíduos que trabalham naquelas instituições são submetidos a uma série de pressões e influências; isso significa que suas atitudes e práticas de trabalho frequentemente não estão em conformidade com os objetivos das organizações para as quais eles trabalham.

É nesse contexto de mudança e complexidade que este estudo se estabelece para examinar uma característica fundamental dos sistemas da justiça criminal de alguns países da América Latina — acesso, por aqueles que são suspeitos ou acusados de crime, à defesa criminal efetiva. O direito a um julgamento imparcial é internacionalmente reconhecido como um direito humano fundamental e o acesso à defesa criminal efetiva é um pré-requisito necessário à realização desse direito. Levamos em conta como nosso referencial normativo os instrumentos de diretos humanos globais e regionais e, em particular, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), como é interpretada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (ver Capítulo 2). Também dedicamos atenção especial aos direitos relativos a um julgamento imparcial garantidos pela Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), como é interpretada pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CtEDH). Os direitos relativos a um julgamento imparcial estabelecido pela CEDH refletem amplamente a expressão dos direitos referentes a um julgamento imparcial contida no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP),[2] e também na CADH.[3]

2 PIDCP, art. 14, § 3º, inc. d.

3 CADH, art. 8º, §2º.

Em particular, tanto a CADH quanto a CEDH têm previsões similares no que diz respeito à presunção de inocência, às garantias sobre prisões e detenções, à imediata manifestação perante o juiz e ao direito à audiência dentro de um prazo razoável, ao direito a responder o processo em liberdade e ao direito à assistência jurídica.

Há duas grandes razões em usar a CEDH além da CADH como um apoio para analisar o contexto da América Latina. Em primeiro lugar, o direito das pessoas a peticionar junto à CtEDH para determinar se os seus direitos previstos na CEDH foram violados significa que há jurisprudência abundante referente aos direitos relativos a um julgamento imparcial, em geral, e aos direitos processuais de suspeitos e acusados, em particular. Isso representa o mais abrangente conjunto de jurisprudência internacional em direitos processuais. Além disso, esse conjunto de jurisprudência deu base a um programa de legislação sobre direitos processuais de suspeitos e acusados na União Europeia (UE) — roteiro de direitos processuais na UE — e todos os Estados Membros da UE já o implementaram ou serão requeridos a implementar (veja seção 4.3, mais adiante).[4] Em segundo lugar, o projeto de pesquisa que constitui o tema deste livro foi inspirado e modelado a partir de dois projetos nos quais foram examinados os direitos processuais de suspeitos ou acusados na Europa. Os dois projetos utilizaram, como base para análise, os parâmetros incorporados à CEDH (e, até um determinado ponto, a legislação proferida segundo o roteiro da UE).[5] Juntos, esses dois estudos examinaram o acesso à defesa criminal efetiva em 14 países europeus, todos signatários da CEDH. Os países adotam as tradições dos sistemas inquisitivo e acusatório. A metade desses países fazia parte do bloco da União Soviética e, desde o início da década de 1990, estão engajados em reformas fundamentais dos respectivos sistemas de justiça penal. Enquanto algumas das reformas diferem daquelas assumidas na América Latina — em especial, reduzir ao invés de aumentar o papel e a influência do promotor —, muitas delas reproduzem as reformas adotadas na América Latina, como a adesão a certos elementos do sistema acusatório e o fortalecimento, pelo menos na legislação, do direito processual de suspeitos ou acusados.

4 *Roadmap with a view to fostering protection of suspected and accused persons in criminal proceedings,* 1º de julho de 2009, 11.457/2009; DROIPEN, 53; COPEN, 120. Sujeito a certos acordos de exclusão negociados pela Dinamarca, Inglaterra e o País de Gales, e a Irlanda.

5 Estudos publicados por Cape e outros, 2010; e Cape e Namoradze, 2012.

2. Defesa criminal efetiva e imparcialidade de julgamento

O objetivo do nosso estudo é examinar e analisar, tendo como referência a América Latina e os parâmetros mundiais, o acesso à defesa criminal efetiva em seis países latino-americanos — Argentina, Brasil, Colômbia, Guatemala, México e Peru. O enfoque do estudo, assim como em dois projetos conduzidos na Europa, é o suspeito ou acusado e sua experiência no processo de justiça criminal. Em geral, o estudo está centrado no exame das garantias processuais na prática; mas, ao adotar a postura de se concentrar no suspeito ou acusado, o estudo reconhece que o direito às garantias judiciais e sua realização por meio do acesso à defesa criminal efetiva não se limitam a resultados justos, mas pressupõe também um processo justo e julgamento imparcial.

Há uma série de razões para adotar essa abordagem. Entre as diferentes jurisdições no estudo, milhares de pessoas são presas e/ou detidas pela polícia a cada ano. Enquanto a maioria delas são cidadãs daqueles países, algumas das pessoas são estrangeiras e, em alguns países mais do que em outros, muitas pertencem a minorias étnicas ou a comunidades indígenas. A maioria das pessoas é provavelmente pobre ou relativamente pobre e a maior parte delas não tem condições financeiras de arcar com os honorários relativos à assistência jurídica mesmo que, em algum estágio específico do processo penal, tenha direito à assistência jurídica. Muitas das pessoas nunca estiveram presas ou foram detidas no passado, consequentemente têm pouco ou nenhum conhecimento e experiência com processos de justiça criminal. Outras pessoas, por outro lado, podem originar-se de grupos sociodemográficos cujos membros estão particularmente sob o risco de prisão ou detenção, e que, como resultado, podem estar especialmente vulneráveis. Algumas dessas pessoas são detidas por um longo período antes de se apresentarem ao juiz e, por uma variedade de razões — inocência, falta de provas, aplicação de alternativas penais—, podem nunca se apresentar diante do juiz. Em alguns países incluídos neste estudo, há mínima ou nenhuma supervisão judicial ou fiscalização independente sobre a prisão, a detenção e o processo de investigação. O que acontece durante essa fase provavelmente afeta no modo como a pessoa é tratada, se e quando ela deverá ser apresentada ao juiz, e pode muito bem determinar o resultado do processo. Para algumas pessoas, a prisão e a detenção são a única experiência que têm com o processo penal.

Outra razão para se adotar uma abordagem centralizada em suspeitos e acusados se deve ao fato de que as garantias judiciais e processuais incorporadas na CADH e em outros instrumentos internacionais e regionais de direitos humanos são direitos e garantias que pertencem àquelas pessoas (suspeitos e acusados): "*Toda pessoa* tem

direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável [...];[6] e *"Toda pessoa* acusada de delito tem o direito à presunção de inocência [...]" (*tradução e grifo nossos*).[7] Isso pode parecer óbvio. Entretanto, não se pode assumir que a legislação interna, concebida para efetivar os direitos processuais de suspeitos e acusados, esteja redigida nesses termos, nem que ela se desenvolva de tal forma que seja percebida como fonte de direitos por aqueles por ela afetados. Além disso, suspeitos e acusados não formam um eleitorado com "voz" ou influência. Na maioria dos países, as instituições e os profissionais que são responsáveis por garantir ou por facilitar o acesso ou dar acesso a esses direitos são normalmente mais organizados, com poderes mais amplos e com maior influência do que aqueles que são titulares de tais direitos. Assim, são os interesses e as preocupações de tais instituições e profissionais que predominam e, frequentemente, pouco interesse é dado a como esses direitos são percebidos pelos seus titulares. Naqueles países onde há mecanismos desenvolvidos de assistência jurídica, as preocupações das instituições e dos agentes que fornecem assistência jurídica frequentemente centralizam-se nos "consumidores" de serviços legais.

Na perspectiva dos suspeitos ou acusados, as garantias processuais podem ser de pouco valor se estiverem restritas aos procedimentos no tribunal, nos quais se determina a culpabilidade ou a inocência. O julgamento é um processo que começa, o mais tardar, quando uma pessoa é presa ou detida por autoridades policiais e continua até sua absolvição ou culpabilidade e, depois disso, o recurso. Como observado anteriormente, qualquer suspeito ou acusado, em particular, pode passar por todo processo ou somente por uma ou mais das fases iniciais. Até certo ponto, isso é reconhecido pela CADH, que promove garantias na forma de direito à liberdade (provisória), de acordo com o artigo 7º, e na forma de garantias processuais específicas que são elementos essenciais do direito à imparcialidade de julgamento, conforme o artigo 8º. O conjunto desses dois direitos é crucial a partir da perspectiva do suspeito ou acusado. Em qualquer caso concreto, deve haver um justo e único resultado, mas o acusado pode, entretanto (com todo o direito), sentir-se lesado no caso de não ter sido tratado justamente durante o curso dos eventos que levaram ao resultado. É muito provável que um recurso exitoso, depois de meses ou anos de prisão provisória, obtido utilizando como prova uma confissão feita sob tortura, ou sem direito a ter acesso a um advogado, deixe o acusado descontente e descrente do sistema de justiça criminal como um todo.

6 CADH, arts. 8º, §1º.

7 CADH, arts. 8º, §2º.

O tema da confiança nas instituições de justiça criminal e em todos os funcionários que as conformam, e a percepção de sua legitimidade, não é relevante somente do ponto de vista da observância das normas internacionais dentro dos sistemas nacionais de justiça criminal. Pesquisas internacionais sobre a justiça processual têm demonstrado que a percepção de legitimidade das instituições estatais, e particularmente da polícia, é fator-chave para encorajar o povo a cumprir a lei e a cooperar com o processo de investigação e com o processo judicial.[8] A percepção da legitimidade depende da credibilidade das pessoas na polícia e nas outras agências da justiça criminal, o que, por sua vez, depende da crença ou não de que serão tratadas justamente e com respeito. Assim, uma análise que se concentre na experiência de suspeitos e acusados é relevante não somente para aqueles diretamente envolvidos e para o cumprimento das normas internacionais, mas também para a eficiência e eficácia dos sistemas da justiça criminal em sentido mais amplo.

No entanto, nosso enfoque neste estudo não está simplesmente nos direitos relacionados à imparcialidade de julgamento, mas no acesso à defesa criminal efetiva como pré-requisito para o gozo das referidas garantias. A imparcialidade de julgamento sem acesso à defesa criminal efetiva, em termos de processo e resultado, exigiria que os policiais e os procuradores fossem completamente imparciais, equilibrados; e requereria que as autoridades judiciais tomassem uma atitude preventiva, não levando nada ao pé da letra. Experiência e pesquisas nos mostram que não é possível ser paternalista e antidemocrático, mesmo que existisse um sistema como esse. Dessa maneira, a imparcialidade de julgamento requer que suspeitos e acusados tenham acesso a uma defesa criminal efetiva. A defesa criminal efetiva envolve uma série de direitos processuais interligados. O mais óbvio é o direito à assistência jurídica, um direito que é reconhecido por todas as convenções internacionais e instrumentos relacionados aos processos penais. Para ser efetivo, o direito à assistência jurídica requer que os advogados tenham compromisso com o papel a desempenhar, que sejam apropriadamente treinados e experientes, bem como que estejam disponíveis quando solicitados (a solicitação de apresentação frequentemente acontece com pouca antecedência). Logo, devem existir mecanismos para assegurar que suspeitos e acusados saibam sobre o direito à assistência jurídica e como acessá-la, e que esta esteja disponível, como e quando for necessária, inclusive para aquelas pessoas que não podem arcar com seus custos. Mas o direito à assistência jurídica não é uma condição

8 Ver, por exemplo, Tyler, 2006; Myhill e Quinton, 2011; e Jackson e outros, 2012.

suficiente para garantir acesso à defesa *efetiva.* Mesmo com uma competente assistência jurídica, não há garantia de um julgamento imparcial se outros elementos de defesa efetiva não estiverem presentes. A defesa criminal efetiva requer que o suspeito ou acusado seja capaz de participar nos processos dos quais ele é o objeto; entender o que é dito a ele e ser entendido; receber informação sobre o suposto delito ou acusação; ser informado do fundamento das decisões tomadas; ter acesso ao processo ou às provas; ter tempo e recurso que permitam ao acusado responder às acusações e se preparar para o julgamento; ser capaz de apresentar informação e prova a seu favor; ser tratado de forma a não ser colocado em uma posição de desvantagem; e recorrer das decisões relevantes tomadas contra o seu interesse.

A partir desse ponto de vista, é evidente que, ainda que leis adequadas sejam necessárias, elas não são suficientes para assegurar o acesso à defesa criminal efetiva. Em nenhum outro âmbito o abismo entre a previsão da lei e a sua aplicação é tão profundo quanto no processo penal. Consequentemente, é necessário analisar o acesso à defesa criminal efetiva em qualquer jurisdição específica a partir de três níveis.

1º) Se há uma estrutura constitucional e legislativa apropriada em matéria de direitos à defesa criminal.

2º) Se há normas jurídicas, instituições e procedimentos que permitam que esses direitos sejam efetivamente reconhecidos e aplicados.

3º) Se há cultura profissional apropriada entre aqueles responsáveis por garantir e facilitar o acesso aos direitos à defesa criminal e, em particular, se há profissionais de justiça suficientemente competentes, dispostos e capazes de fornecer, sob parâmetros adequados, assistência jurídica aos suspeitos e acusados.

Esses três questionamentos fundamentam este estudo, bem como a coleta e análise de informações referentes aos seis países estudados, apresentados nos Capítulos de 3 a 8. Os padrões latino-americanos são tratados em detalhe no Capítulo 2. Esses padrões — latino-americano e europeu — são usados nos Capítulos 9 e 10 para analisar os dados que dizem respeito aos seis países, e para fornecer fundamento das recomendações para a melhora no acesso à defesa criminal efetiva na América Latina. Com base nessa análise, no Anexo 1, definimos padrões concebidos para assegurar que o acesso à defesa criminal efetiva seja garantido na América Latina.

3. O projeto de pesquisa e a metodologia

Um dos objetivos originais do estudo sobre o acesso à defesa criminal efetiva na Europa[9] foi o de desenvolver uma metodologia que poderia ser usada pelas ONGs e outras organizações não acadêmicas em várias jurisdições para obter informações abrangentes e seguras. A metodologia foi subsequentemente adaptada, com sucesso, para possibilitar que um grupo de ONGs realizasse um projeto similar em várias jurisdições do Leste Europeu.[10] Depois das discussões iniciais, representantes de ONGs de seis países latino-americanos — Argentina,[11] Brasil,[12] Colômbia,[13] Guatemala,[14] México[15] e Peru[16] — se encontraram em Lima, no Peru, em julho de 2012, para discutir se deveriam conduzir um projeto de pesquisa similar nesses países, os quais compartilham uma mesma tradição processual penal entre si e com a maioria dos países incluídos nos estudos europeus. Entretanto, há diferenças significativas entre a América Latina e a Europa. O *Code d'instruction criminelle* introduzido por Napoleão no início do século XIX e que se espalhou por muitos países da Europa não foi adotado na América Latina. Naqueles países que haviam sido parte do bloco da União Soviética, a força e a influência do procurador (um órgão que tinha sido introduzido no sistema inquisitivo na Europa) foi aperfeiçoada, enquanto nas jurisdições da América Latina esse foi um cargo introduzido somente nas últimas duas décadas. Outra diferença significativa diz respeito mais à jurisdição do que ao procedimento. Todos os países europeus que foram estudados são unidades administrativas; a Colômbia, a Guatemala e o Peru compartilham essa característica, enquanto a Argentina, o Brasil e o México são Estados federais. Foi entendido pelos participantes durante o encontro que essa situação apresentaria alguns desafios metodológicos; no entanto, foi acordado que, do ponto de vista do contexto de significativas e contínuas reformas no sistema de justiça criminal na América Latina, era importante executar uma pesquisa projetada para aprimorar o conhecimento e a compreensão do acesso à defesa criminal efetiva e

9 Ver Cape e outros, 2010.

10 Ver Cape e Namoradze, 2012.

11 Asociación por los Derechos Civiles (ADC) e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Inecip).

12 Conectas Direitos Humanos (Conectas) e Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD).

13 Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad (Dejusticia).

14 Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala (ICCPG).

15 Instituto de Justicia Procesal Penal (IJPP).

16 Centro para el Desarrollo de la Justicia y la Seguridad Ciudadana (Cerjusc).

proporcionar uma base para a reforma adicional concebida para melhorar o acesso à defesa criminal efetiva.

As oito ONGs representadas no encontro em Lima concordaram em gerenciar e implementar o projeto de pesquisa e designaram uma equipe de gestão de projeto composta por um representante de cada uma dessas organizações. A equipe de gestão de projeto incluiu Zaza Namoradze (Diretor responsável pela Open Society Justice Initiative em Budapeste) e o Professor Ed Cape (advogado acadêmico britânico), dado que ambos estiveram envolvidos no projeto e na execução dos estudos europeus, e o Professor Alberto Binder, respeitado advogado e acadêmico argentino, com ampla experiência. Foi acordado que Dejusticia (Colômbia) atuaria como secretariado e coordenador do projeto.

3.1 A meta e os propósitos do projeto

A meta principal do projeto é contribuir com a implementação efetiva dos direitos dos suspeitos e acusados a uma defesa criminal efetiva em toda a América Latina, especialmente aqueles sem recursos econômicos. O acesso à defesa criminal efetiva é um pré-requisito necessário para a imparcialidade de julgamento e, consequentemente, o Estado de Direito. Por conseguinte, a pesquisa que foi conduzida e relatada neste livro foi criada como uma forma de apresentar informação confiável e segura sobre o acesso à defesa criminal efetiva nos seis países incluídos neste estudo, o que poderia fornecer a base para a determinação das ações necessárias para aprimorar a situação e identificar as melhores práticas existentes. Assim, os propósitos do projeto poderiam ser apresentados da seguinte forma:

a) Definir o conteúdo e o âmbito do direto à defesa criminal efetiva, e as correspondentes obrigações estatais para assegurar a implementação "prática e efetiva" desse direito aos suspeitos ou acusados em geral, e, em particular, àqueles com baixos recursos econômicos.

b) Examinar o acesso à defesa criminal efetiva no estágio pré-julgamento e ao longo do processo penal em várias jurisdições da América Latina.

c) Fornecer informação empírica sobre o grau de garantia dos principais direitos processuais exigidos para uma defesa criminal efetiva.

d) Documentar, promover e compartilhar as melhores práticas identificadas no estudo.

e) Elaborar recomendações para cada um dos países incluídos no estudo a fim

de aprimorar o padrão de defesa criminal e usar a pesquisa para promover nacionalmente uma reforma da legislação, das políticas e das práticas.

f) Usar a pesquisa para apoiar, nacional e regionalmente, a advocacia, a litigância e outras atividades para garantir e ampliar o alcance desses direitos.

g) Avaliar e comparar a situação da defesa criminal nos países incluídos no estudo e elaborar recomendações para a América Latina.

h) Trabalhar com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos a fim de promover e criar parâmetros regionais para a defesa criminal efetiva na América Latina.

3.2 O conteúdo e o âmbito do projeto

Estamos interessados no ordenamento jurídico que governa os direitos processuais das pessoas suspeitas ou acusadas, mas também temos interesse em entender o funcionamento prático das normas jurídicas, procedimentos, marcos institucionais, e a cultura profissional e as práticas de trabalho daqueles envolvidos em facilitar e promover os direitos processuais.

Os direitos e as garantias que identificamos como sendo cruciais à defesa criminal efetiva estão relacionados a seguir.

Direitos processuais relativos a um julgamento imparcial

Direito à presunção de inocência; direito a uma audiência que observe o contraditório; direito a não se autoincriminar e direito de permanecer em silêncio; paridade de armas; direito a estar em liberdade enquanto se espera o julgamento; princípio da motivação dos atos judiciais e direito de recorrer da sentença.

Direito ao acesso à informação

Direito ao acesso à informação quanto aos direitos processuais; direito ao acesso à informação quanto à prisão e detenção, à natureza e à causa da denúncia e da acusação; e direito ao acesso às provas ou ao processo.

Direito à defesa

Direito ao aconselhamento jurídico e representação durante as etapas de pré-julgamento e ao longo do procedimento penal; direito a escolher quem prestará

assistência jurídica aos suspeitos de baixos recursos econômicos; direito à entrevista reservada com advogados; direito a contar com parâmetros sobre a independência e profissionalismo do advogado; e direito à autodefesa.

Direito à assistência jurídica gratuita

Direito à prestação de assistência jurídica gratuita para suspeito e acusado com baixos recursos econômicos, e à qualidade da prestação de assistência jurídica.

Direitos processuais relativos à defesa efetiva

Direito a obter provas e entrevistar prováveis testemunhas; direito a intimar e interrogar testemunhas; dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa; direito de ser julgado quando presente e a participar dos procedimentos judiciais; garantia relativa à duração dos procedimentos; direito à interpretação e à tradução; garantia e proteção às pessoas suspeitas ou acusadas em situação de vulnerabilidade, como os povos indígenas e pessoas pertencentes a minorias étnicas.

3.3 A metodologia do projeto

O projeto teve início em julho de 2012 durante um evento que ocorreu em Lima e passou por três etapas primordiais que foram concluídas até outubro de 2014.

Etapa 1 — julho a novembro de 2012

Os pesquisadores dos países executaram uma *Revisão Documental* usando fontes de informação existentes. Essa revisão foi concebida para extrair informação sobre o sistema de justiça criminal no geral e, em particular, os elementos da defesa criminal efetiva (ver Anexo 3). Além disso, os pesquisadores dos países envolvidos prepararam um *Relatório Crítico* sobre o sistema de justiça criminal concebido para fornecer uma descrição dinâmica e detalhada sobre o sistema e procedimentos (ver Anexo 4). A *Revisão Documental* e o *Relatório Crítico* foram avaliados pelos membros da equipe de gestão de projeto, assim como por revisores especializados de cada país (designados por cada país considerando sua formação e atuação acadêmica em seus respectivos países). O objetivo da avaliação foi identificar: (i) se a informação na *Revisão Documental* e no *Relatório Crítico* cobriu os questionamentos e problemas levantados pelos instrumentos de pesquisa; (ii) se qualquer uma das informações exigiu esclarecimento; (iii) qual pesquisa empírica poderá utilmente ser executada.

Dando seguimento ao processo de avaliação, os especialistas revisaram a *Revisão Documental* e o *Relatório Crítico* dos seus países.

Etapa 2 — dezembro de 2012 a agosto de 2013

Os pesquisadores dos países conduziram entrevistas com funcionários-chave do sistema de justiça criminal para obter visões e impressões de advogados, policiais, procuradores e outros. Os pesquisadores começaram seus trabalhos redigindo o *Relatório Nacional* relativo aos seus próprios países (ver Anexo 5). Um encontro da equipe de gestão do projeto e pesquisadores foi realizado em Bogotá, Colômbia, em abril de 2013. O objetivo do encontro foi de compartilhar experiências na execução da pesquisa, identificar as principais áreas que exigem atenção e as áreas que apresentam as melhores práticas para considerar qual trabalho adicional era necessário para completar os relatórios nacionais e posicionar o trabalho no contexto dos padrões interamericanos de direitos humanos. Dando seguimento a esse encontro, os pesquisadores continuaram conduzindo entrevistas e escrevendo os relatórios nacionais.

Etapa 3 — agosto de 2013 a outubro de 2014

Um encontro entre a equipe de gestão de projeto e os pesquisadores foi realizado na Cidade do México, em agosto de 2013. O principal objetivo desse encontro foi a apresentação dos relatórios nacionais realizados pelas equipes de cada país, apresentando as principais constatações, indicando recomendações que estavam considerando e apontando quais informações precisariam ser obtidas. No entanto, as versões preliminares dos relatórios nacionais eram matéria de avaliação profissional por peritos de toda a região e da Europa, o que resultou em um importante mecanismo de controle de qualidade e também em uma importante forma de identificar tópicos em comum (e aqueles tópicos específicos de cada país), além das melhores práticas. Planos para um ativismo nacional, regional e internacional, baseados nos dados da pesquisa, também foram discutidos. Dando seguimento ao encontro, os pesquisadores seguiram trabalhando em seus relatórios nacionais, desenvolvendo conclusões e recomendações. Após a conclusão desse processo, os relatórios foram submetidos à revisão pelos especialistas de cada país e, a seguir, finalizados (e formam os capítulos na Parte II deste livro). A informação contida no relatório nacional foi então analisada, tendo por base as normas do sistema interamericano estabelecidas no Capítulo 2, a fim de identificar assuntos comuns (ver Capítulos 9 e 10). Finalmente, um encontro foi realizado em Nova

York em outubro de 2014. Nesse encontro, todos os capítulos foram submetidos à revisão pelos membros das equipes nacionais e da equipe de gestão de projeto.

4. O direito a um julgamento imparcial no contexto internacional

Nesta seção, examinamos os padrões internacional e nacional dos direitos relevantes ao acesso à defesa criminal efetiva. Começamos observando brevemente os instrumentos internacionais relacionados com o direito à imparcialidade de julgamento e com as formas com que eles se relacionam. A partir daí, resumimos o sistema interamericano de direitos humanos que, no Capítulo 2, é explorado mais a fundo, a respeito do direito a um julgamento imparcial. Finalmente, examinamos o enfoque europeu ao direito à imparcialidade de julgamento.

4.1 O contexto mundial

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DHDU), artigo 11, prevê que toda pessoa acusada de delito tem o direito a "[...] julgamento público no qual tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa". Esse direito é desenvolvido no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) nos termos relacionados a seguir.

> "Toda pessoa acusada de um delito tem o direito [...] d) de estar presente no julgamento e defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; a ser informada, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo, e sempre que o interesse da justiça assim exija, a ter um defensor designado *ex officio* gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo".[17]

Previsões similares estão contidas na CEDH (art. 6º, § 3º, inc. c); na Carta Árabe de Direitos Humanos (art. 16); e na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (ACHPR, por sua sigla em inglês) (art. 7º, § 1º, inc. c), junto com os Princípios e Diretrizes ao Direito à Imparcialidade de Julgamento e à Assistência Jurídica da ACHPR.[18]

17 PIDCP, art. 14, § 13, inc. d.

18 *Princípios e Diretrizes ao Direito à Imparcialidade de Julgamento e Assistência Jurídica na África*, 2001, e *h*.

Os Princípios Básicos Relativos à Função dos Advogados,[19] adotados pelas Nações Unidas, estabelecem que: (i) "todas as pessoas têm o direito de recorrer a um advogado de sua escolha, para proteger e fazer valer os seus direitos e para defendê-las em todas as fases do processo penal" (princípio n. 1) (*tradução nossa*); (ii) a qualquer pessoa, "lhe deve, sempre que os interesses da justiça assim o exigirem, ser nomeado um advogado com a experiência e a competência exigidas pela natureza do crime em questão, a fim de lhe prestar uma assistência jurídica efetiva e gratuita caso não disponham de meios suficientes para pagar os seus serviços" (princípio n. 6) (*tradução nossa*).[20]

Consequentemente, o direito de uma pessoa a se defender, o direito à assistência jurídica, e o direito à assistência jurídica gratuita (quer dizer, assistência jurídica sem pagamento feito pela pessoa assistida) são padrões internacionais comumente aprovados, cujo respeito é essencial para assegurar um processo penal justo e imparcial. Enquanto o direito à representação legal é, ao menos em princípio, respeitado internacionalmente, há controvérsia quanto ao momento no qual o direito a um advogado deva ser exercido. O Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas (CNUDH) tem consistentemente argumentado que a falha em conceder acesso a um advogado durante o período inicial da detenção e durante qualquer interrogatório representa uma violação ao artigo 14, § 3º, incs. *b* e *d* do PIDCP.[21] A situação é refletida no Estatuto do Tribunal Penal Internacional,[22] no Estatuto do Tribunal Internacional para a antiga Iugoslávia,[23] e na jurisprudência da CtEDH (ver seção 4.3, mais adiante). Os Princípios e as Diretrizes da ONU no que tange ao Acesso à Assistência Jurídica Gratuita no Sistema de Justiça Criminal (Princípios e Diretrizes da ONU) estabelecem que qualquer pessoa "que for presa, detida, suspeita ou acusada de um delito deveria ter direito à assistência jurídica,[24] e que (na ausência de circunstâncias imperiosas) uma pessoa não deveria ser entrevistada pela polícia na

19 *Oitavo Congresso da ONU sobre a Prevenção do Crime e Tratamento dos [...]Delinquentes*, Havana, Cuba, 27 de agosto de 1990 em 7 de setembro de 1990: relatório preparado pelo Secretariado (publicação da ONU, n. de venda E.91.IV.2, cap. 1, seção B.3, anexo).

20 Para outros instrumentos que contenham provisões com relação à assistência jurídica gratuita, ver *Relatório Especial sobre a Independência dos Juízes e Advogados*, Conselho de Direitos Humanos da ONU, A/HRC/23/43, 15 de março de 2013, seção III.

21 Ver, por exemplo, *Gridin v. Russian Federation* 20 de julho de 2000, CNUDH, 770/1997; *Carranza Alegre v. Peru* 28 de outubro de 2005, CNUDH, 1.126/2002; e *Toshev v. Tajikistan* 30 de março de 2011, UNHRC, 1.499/2006.

22 Art. 55.

23 Art. 18, § 3º.

24 Que é definido para incluir assessoria jurídica e assistência. Ver Princípios e Diretrizes da ONU, e 8.

ausência de um advogado a menos que renuncie a esse direito" (*tradução nossa*).[25] O Relator Especial da ONU sobre Independência de Juízes e Advogados declarou que a presença de um advogado durante os interrogatórios policiais é uma proteção fundamental contra os maus-tratos,[26] e o Relator Especial da ONU sobre Tortura recomendou que "Nenhuma declaração ou confissão feita por uma pessoa privada de liberdade, a não ser que tenha sido na presença de um juiz ou advogado, deveria ter valor probatório no tribunal" (*tradução nossa*).[27] O Comitê Europeu para Prevenção à Tortura e Castigos ou Tratamentos Desumanos e Degradantes estabeleceu padrões (Padrões CPT) reconhecendo o direto ao acesso a um advogado por uma pessoa sob custódia policial como sendo uma "proteção fundamental contra os maus-tratos" (*tradução nossa*).[28]

No que se refere à assistência jurídica, esta deveria ser prestada se for exigida conforme os interesses de justiça. Esse é o procedimento normalmente adotado no direito internacional no caso de uma pessoa sem condições financeiras de arcar com os honorários relativos à assistência jurídica. Essa indicação abre espaço para um amplo grau de autonomia na determinação das circunstâncias nas quais o interesse de justiça requer que a assistência jurídica seja prestada e na determinação do nível ao qual a pessoa é financeiramente qualificada para receber tal serviço.

Além do direito à assistência jurídica e ao acesso gratuito à justiça, uma variedade de direitos processuais é reconhecida no direito internacional; os relacionados abaixo são particularmente significativos à defesa criminal efetiva.

- Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoal. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de sua liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos.[29]

25 A/RES/67/187, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de dezembro de 2012, Princípio 3 e Diretriz 3, respectivamente.

26 Relatório da Missão ao Reino Unido, E/CN.4/1998/39/Ad. 4, e 47, 5 de março de 1998.

27 Relator Especial da ONU em Tortura, Relatório à Comissão de Direitos Humanos da ONU E/CN.4/2003/68 17 de dezembro de 2002, e 26(e). Ver também a recomendação do Relator Especial da Assembleia Geral, A/56/156, 3 de julho de 2001, e 39(d).

28 Comitê Europeu para Prevenção à Tortura e Castigos ou Tratamentos Desumanos e Degradantes, Padrões CPT, 2006, p. 8.

29 PIDCP, art. 9°. CADH, art. 7° é quase idêntico à ACHPR, art. 6°, e ACHPR, art. 14, §1º. O CEDH, artigo 5° não contém uma proibição expressa sobre arbitrariedades, embora isso seja considerado pela CEDH como sendo fundamental, mas estabelece uma lista exaustiva de exceções. O artigo 5º, § 1º, permite privação de liberdade pela prisão legal ou detenção com a finalidade de levar a pessoa até uma autoridade judicial competente sob a condição de uma suspeita razoável de ter

- Qualquer pessoa, ao ser presa, deverá ser informada das razões da apreensão e notificada, sem demora, das acusações formuladas contra ela.[30]
- Qualquer pessoa presa ou detida em virtude de uma infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade judicial competente e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. Não deverá constituir regra geral que pessoas que aguardam julgamento fiquem presas, mas a soltura poderá estar condicionada a uma garantia que assegure o comparecimento do interessado em juízo.[31]
- Toda pessoa acusada de um delito deve ter o direito à presunção de inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.[32]
- Na determinação de qualquer acusação penal contra uma pessoa, ela deverá ter o direito a ser julgada sem demora injustificada.[33]
- Na determinação de qualquer acusação penal contra uma pessoa, ela deverá ter o direito a dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa.[34]

cometido um delito ou quando é uma medida razoavelmente necessária à prevenção de delito ou de fuga depois do delito cometido.

30 PIDCP, art. 9º, §2º, e ACHPR, art. 14, §3º. O CEDH, art. 5º, §2º, é similar, mas acrescenta que a informação seja dada no idioma que a pessoa entenda. A CADH, art. 7º, §4º, requer que essa informação seja dada a qualquer pessoa "detida". Não há nenhuma provisão equivalente na ACHPR.

31 PIDCP, art. 9º, §3º. São encontradas provisões semelhantes na CEDH, art. 5º (3), ACHPR, art. 14, §5º, e na CADH, art. 7º, §5º. O artigo 7º, parágrafo 1º da ACHPR, estabelece o direito a uma pessoa de ser julgada em prazo razoável mediante um tribunal imparcial, mas não há nenhuma provisão a respeito da imediata manifestação perante juiz nem de liberação de detenção mediante julgamento pendente, embora esses direitos sejam garantidos pelos Princípios e Diretrizes para o Direito à Imparcialidade de Julgamento e à Assistência Jurídica Gratuita na África, 2001, e M5 e N3, respectivamente, da ACHPR.

32 PIDCP, Art. 14, §2º. Ver também CEDH, art. 6º, §2º; CADH, art. 8º, §2º; ACHPR, art. 7º, §1º, inc. b e art. 16.

33 PIDCP, art. 14, §3º. Ver também CEDH, art. 6º, §1º, que se refere ao direito a garantia de ser ouvido em prazo razoável, assim como a CADH, art. 8º, §1º, ACHPR, art. 14, §5º, e ACHPR, art. 7º, §1º, inc. d.

34 PIDCP, art. 14, §3º; CEDH, art. 6º, §3º(a); CADH, art. 2º (b); e ACHPR, art. 16, §2º. A ACHPR não contém uma provisão paralela, embora o artigo 7º, parágrafo 1º, inciso c, estabeleça o direito à defesa e o direito a prazo razoável e aos meios necessários são garantidos pelos Princípios e Diretrizes para o Direito à Imparcialidade de Julgamento e à Assistência Jurídica Gratuita na África, 2001, e n. 3 da ACHPR.

Além disso, o PIDCP indica que, na determinação de qualquer acusação penal, a pessoa "não deve ser obrigada a depor contra si mesmo nem a declarar-se culpada" (*tradução nossa*).[35] Uma provisão similar é encontrada na CADH e na ACHPR.[36] Enquanto a CEDH não inclui uma garantia semelhante, a CtEDH tem consistentemente sustentado que o direito a não prestar depoimentos contra si próprio e o direito de permanecer em silêncio são características fundamentais ao direito à imparcialidade de julgamento "comumente reconhecido como o cerne da noção de um procedimento justo" (*tradução nossa*).[37]

4.2 O sistema de direitos humanos na América Latina

Assim como o sistema europeu de Direitos Humanos, o sistema interamericano é o resultado da preocupação mundial existente depois da situação de desolação e ruína pós-Segunda Guerra Mundial (1939-1945), bem como da conscientização das enormes e massivas violações dos direitos humanos fundamentais que se desenvolveram na guerra.

A constituição da Organização dos Estados Americanos (OEA) foi o primeiro passo e, embora sua Carta Constitutiva (1948) não tivesse organizado ainda um sistema especial de proteção dos direitos humanos, já estabelecia os objetivos de proteção da pessoa como uma das finalidades fundamentais da nova organização. Imediatamente, aprovou-se a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), em sintonia com a Declaração Universal. No entanto, foi somente em 1959, com a criação da CIDH que o sistema de proteção começou a ser desenvolvido como um mecanismo concreto de aplicação dos direitos contidos na Declaração Americana.

O passo decisivo foi dado em 1969, ano em que foi firmada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que não somente determina os direitos e obrigações dos Estados membros, mas também cria todo um sistema de supervisão

35 PIDCP, art. 14, §3º, inc. g.

36 ACHPR, art. 8º, §2º, inc. g e §3º, e ACHPR, art. 16, §6º.

37 Ver CtEDH, 25 de fevereiro de 1993, *Funke v. França*, n. 10.828/1984, e. 41-44; CtEDH, 17 de dezembro de 1996, *Saunders v. Reino Unido*, Relatório 1996-VI, e 68; CtEDH, 8 de fevereiro de 1996, *John Murray v. Reino Unido*, n. 18.731/1991, e 45; CtEDH, 21 de dezembro de 2000, *Heaney e McGuiness v. Irlanda*, N. 34.720/1997, e 40; e CtEDH 22 de julho de 2008, *Getiren v. Turquia* n. 10.301/2003, e 123. Observe que o CtEDH sustentou que o direito de permanecer calado pode ser limitado caso as autoridades possam demonstrar justa causa. *John Murray v. Reino Unido*, e 47; e *Heaney and McGuiness v. Irlanda*, e 47.

e controle, formado por dois organismos. Por um lado, consolida-se em sua base jurídica a Comissão Interamericana e, por outro, cria-se a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). A Convenção — precedida por quase 20 anos de trabalho progressivo na proteção dos direitos humanos — desenvolve um rol completo de direitos e liberdades, determina as obrigações dos Estados e circunscreve as limitações admissíveis e os critérios de interpretação. Porém, sua grande novidade é a criação de um sistema de controle e de um tribunal com competência para interpretar a Convenção nos casos submetidos a ele. Os países signatários da Convenção foram convidados a aceitar a jurisdição obrigatória da Corte. A Comissão, contudo, tem funções que provêm tanto da Carta originária da OEA quanto da Convenção.[38]

O sistema interamericano tem um procedimento similar ao antigo sistema europeu de proteção dos direitos humanos e ao Protocolo Opcional ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.[39] Na primeira etapa, a denúncia[40] é apresentada perante a Comissão, a qual analisa os requisitos de admissibilidade (em especial, a competência e o esgotamento dos recursos internos, salvo exceções) e, em seguida, notifica o Estado para que, em um prazo de dois meses (com alguma possibilidade de prorrogação, mas não muito ampla) ou menos, em casos de urgência, responda sobre a admissibilidade. Recebida a resposta, declara a admissibilidade ou inadmissibilidade da denúncia (o que implica também uma análise sobre seus fundamentos ou verossimilhança) e começa o trâmite do mérito do caso. A partir desse momento inicia, por um lado, uma etapa de investigação na qual as partes podem apresentar relatórios e provas, e, por outro, uma

38 É importante reiterar que a Comissão Interamericana não é somente um órgão da Convenção, mas que é também da OEA (ver Carta da OEA, art. 112) já que a entrada em vigor da Convenção não pôs fim às atividades que a Comissão tinha estado desenvolvendo desde 1960. Enfatiza-se uma vez mais que se aplica: (i) para proteger os direitos humanos reconhecidos na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, quando a suposta violação é atribuída a um Estado membro da OEA que não faça parte da Convenção; (ii) para proteger os direitos humanos do rol contido na Convenção Americana, quando a suposta violação é atribuída a um Estado parte da Convenção; (iii) para proteger direitos específicos contidos em outros instrumentos interamericanos, quando a violação é atribuída a um Estado parte de um deles, em cujo caso o procedimento é da Convenção Americana. Cf. Medina, 2010, p. 29.

39 Cf. Medina, op. cit., p. 29.

40 O artigo 44 da Convenção permite que qualquer grupo de pessoas formule denúncias ou queixas por violação dos direitos consagrados pela Convenção. Essa ampla legitimação para denúncias é uma característica do sistema de proteção internacional dos direitos humanos. Como a Corte manifesta, as formalidades características de certos ramos do direito interno não se aplicam ao direito internacional dos direitos humanos, cujo principal e determinante cuidado é a devida e completa proteção desses direitos, sem sujeitá-los a formalidades ou requisitos que possam introduzir obstáculos.

dimensão de solução amistosa, na qual a Comissão se coloca à disposição das partes para aproximar posições e procurar uma solução não litigiosa do caso. Finalizada essa etapa, a Comissão elabora um relatório sobre o mérito do caso, no qual se determina se existiram violações dos direitos fundamentais e se formula recomendações. O Estado denunciado tem um tempo para cumprir essas recomendações ou para continuar com a solução amistosa.

Vencida essa etapa, tanto o Estado quanto a Comissão têm um prazo de três meses para enviar o caso à Corte Interamericana. Há de se destacar que, para a Corte intervir, os procedimentos que foram estabelecidos nos artigos 48 a 50 da CADH devem ter sido esgotados. Quando o caso é apresentado pela Comissão, esta deve enviar o relatório final de sua intervenção. Nas últimas reformas regulamentares, promove-se cada vez mais uma intervenção das vítimas junto com a apresentação da Comissão. Daí em diante, os procedimentos continuam sob as regras comuns dos julgamentos. A decisão da Corte é obrigatória para os Estados, mas ainda existem dificuldades para atingir seu cumprimento pleno.

Embora o sistema tenha tido um começo lento, nos últimos anos, em particular desde as reformas dos regulamentos realizadas nos anos 2003 e 2009 (para garantir o cumprimento do devido processo dentro do mesmo sistema e permitir uma participação mais ampla dos afetados), nota-se um aumento expressivo da atividade da Corte. De todo modo, ela segue pensada como uma Corte de "poucos casos" e atenuada em todo o momento pela atividade da Comissão. No entanto, como se vê no Anexo 1, relativo ao "Desenvolvimento particularizado dos padrões internacionais sobre defesa criminal efetiva", essa circunstância não tem impedido que a Corte Interamericana, bem como a atividade complementar da Comissão, possam desenvolver uma ampla e variada jurisprudência em nosso tema.

4.3 A abordagem europeia

4.3.1 Introdução

Os direitos que consubstanciam um julgamento imparcial são regidos por dois quadros normativos regionais, a CEDH e a legislação em direitos processuais em processos criminais da União Europeia (UE). Há uma correlação complexa entre os dois. Enquanto todos os Estados Membros da UE são signatários da CEDH, o número de países que assinou a CEDH (37 países) é significantemente maior do que o número daqueles que são membros da UE (28 países).

A maioria desses países adota a tradição do sistema processual inquisitivo e, embora os países compartilhem características comuns, há, também, diferenças significativas. Por exemplo, enquanto na maioria dos casos a polícia é responsável pela investigação criminal, o campo de ação de supervisão da investigação pelos juízes e procuradores difere. Alguns países conservaram o cargo de juiz de instrução nas investigações criminais de crimes mais graves, enquanto em outros países essa função foi abolida, ainda que os procuradores continuem participando da investigação do crime. A maioria dos governos que fazia parte do bloco soviético tem introduzido novos códigos e procedimentos criminais desde o início dos anos de 1990; alguns têm tido mais êxito do que outros no que tange à reforma da cultura profissional e das práticas de trabalho. Em particular, em algumas jurisdições, o procurador continua ocupando uma posição de poder, enquanto em outras o seu poder foi reduzido em favor dos juízes.[41] Enquanto na tradição do sistema inquisitorial o tribunal sempre tenha que considerar a prova, os procedimentos similares à confissão de culpa (habitual nas jurisdições pautadas pela tradição da *common law*) e a aceleração nos procedimentos de audiência têm sido, cada vez mais, adotados por países europeus.

A minoria dos países europeus adota a tradição do sistema processual adversarial, em que a polícia é em grande parte responsável pela investigação criminal sem que haja controle dos procuradores ou juízes. A fase do julgamento é claramente adversarial nessas jurisdições e, em muitas delas, até recentemente, os suspeitos tinham poucos direitos processuais além do direito de permanecer em silêncio. A maioria dos casos apresentados ao tribunal, na prática, é feita na forma de confissão de culpa e, como resultado, o tribunal não faz nenhuma apreciação, nem considera nenhuma prova.

Um dos desafios da CtEDH quanto à interpretação da CEDH e da UE na concepção e implementação de um marco procedimental de direitos humanos tem sido o de estabelecer e interpretar as normas do direito processual no contexto das diferentes tradições processuais e de diferentes regimes jurídicos.

4.3.2 A Convenção Europeia de Direitos Humanos

A CEDH, como todos os instrumentos regionais de direitos humanos, refere-se a um conjunto de direitos que vai muito além da imparcialidade de julgamento e do direito processual penal. Os dois artigos da CEDH que claramente se referem ao procedimento penal são o artigo 5º (direito à liberdade) e o artigo 6º (direito a um

41 Ver, por exemplo, Cape e Namoradze, 2012; e Schumann e outros, 2012.

processo equitativo).[42] O artigo 5º menciona que a prisão e a detenção devem ser legais e conforme o procedimento prescrito por lei, e que foram adotadas com a finalidade de levar a pessoa até uma autoridade judicial competente. A prisão deve ser feita na condição de uma suspeita razoável de que a pessoa tenha cometido um delito — ou quando a prisão for justificada como medida necessária à prevenção de delito ou de fuga depois do delito cometido — (art. 5º, §1º, inc. c). Qualquer pessoa que for presa deve ser informada imediatamente, em língua que compreenda, das razões da prisão e da acusação formulada contra ela (art. 5º, §2º). Qualquer pessoa presa ou detida deve ser imediatamente levada perante juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais, tendo o direito a ser julgada em prazo razoável ou à liberação de detenção enquanto espera o julgamento — a liberdade poderá estar condicionada a uma garantia que assegure o comparecimento do interessado em juízo (art. 5º, §3º). Qualquer pessoa privada da sua liberdade por prisão ou detenção tem o direito a recorrer a um tribunal, a fim de que este se pronuncie, em curto prazo de tempo, sobre a legalidade da sua detenção e ordene a sua libertação, se a detenção for ilegal (art. 5º, §4º).

O artigo 6º, parágrafo 1º, garante o direito a um julgamento justo e público, em um prazo razoável, por parte de um tribunal independente e imparcial, estabelecido por lei. Os julgamentos devem geralmente ser públicos embora a imprensa e o público possam ter acesso proibido à sala de audiência durante a totalidade ou parte do processo em circunstâncias limitadas e estabelecidas. A presunção de inocência é garantida pelo artigo 6º, parágrafo 2º. Os direitos processuais mínimos concedidos a uma pessoa acusada de um delito são: o direito de ser informada no mais curto prazo, no idioma que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ela formulada (art. 6º, §3º, inc. a); dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa (art. 6º, §3º, inc. b); defender-se a si próprio ou ter a assistência jurídica da sua escolha e, se não tiver meios para pagar por tal assistência, poder ser assistida gratuitamente, quando os interesses da justiça o exigirem (art. 6º, §3º, inc. c); interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação (art. 6º, §3º, inc. d); fazer-se assistir gratuitamente por intérprete se não compreender ou não falar a língua usada no tribunal (art. 6º, §3º, inc. e). As provisões do artigo 6º, parágrafo 3º, referem-se aos aspectos

42 O artigo 7º (Princípio da legalidade) refere-se, sobretudo, ao direito penal material, e não foi considerado aqui.

específicos para um julgamento justo garantido por esse artigo. Derrogações dos direitos garantidos pelos artigos 5º e 6º são permitidas com base no artigo 15º da CEDH, mas, somente "[...] em tempo de guerra ou de outra emergência pública que ameace a vida da nação" (*tradução nossa*).

Os direitos previstos no artigo 6º foram ampliados pelos princípios desenvolvidos pela jurisprudência da CtEDH, como aqueles atinentes à paridade de armas entre a procuradoria e a defesa,[43] garantia contra a autoincriminação e o direito de permanecer em silêncio,[44] o direito ao julgamento adversarial, e o princípio da imediação (no sentido de que toda evidência deve normalmente ser produzida durante o julgamento dentro do contexto da argumentação do julgamento adversarial).[45] É bem definido o princípio de que a Convenção é concebida para garantir direitos que sejam "práticos e efetivos", não meramente "teóricos e ilusórios",[46] e de que o acusado tem que estar apto para exercer uma "participação efetiva" no processo penal.[47] Os direitos garantidos no artigo 6º, especialmente aqueles estabelecidos no artigo 6º, parágrafo 3º, também são aplicáveis aos procedimentos anteriores ao julgamento[48] e, em particular, os procedimentos elaborados com base no artigo 5º, parágrafo 4º (detenção pré-julgamento), deveriam ser atendidos, da melhor forma possível, no caso de uma investigação em andamento, os requerimentos básicos para um julgamento imparcial, como o direito a um procedimento adversarial.[49]

Dois outros artigos são relevantes no que se refere aos aspectos particulares da defesa criminal efetiva. O artigo 3º prevê que ninguém pode ser submetido a tortura nem a pena ou a tratamento desumano ou degradante, o que, naturalmente, se aplica ao processo penal, que inclui as condições de detenção e interrogatório. Nenhuma

43 CtEDH, 15 de maio de 2005, Öcalan v. Turquia, n. 46.221/1999, e 140.

44 CtEDH, 25 de fevereiro de 1993, *Funke v. França*, A 256-A, CtEDH, 19 de março de 2009, *Bykov v. Rússia* n. 4.378/2002.

45 CtEDH, 28 de Agosto de 1991, *Brandstetter v. Áustria*, A 21, e 67, e CtEDH, 6 de dezembro de 1988, *Barberà, Messegué e Jabardo v. Espanha,* A 146, e 78.

46 *Artico v. Itália* (1981) 3 EHRR 1, *Airey v. Irlanda*, 91979, 2 EHRR 305, CtEDH, 9 de outubro de 2008, *Moiseyev v. Rússia*, n. 62.936/2000, e 209, CtEDH, 24 de setembro de 2009, e *Pishchalnikov v. Rússia*, n. 7.025/2004, e 66.

47 *Ekbetani v. Suécia* (1991) 13 EHRR 504, e *Stanford v Reino Unido* A/282 (1994).

48 CtEDH, 24 de novembro de 1993, *Imbrioscia v. Suíça*, n. 13.972/1988, e 38, CtEDH, 27 de novembro de 2008, *Salduz v. Turquia*, n. 36.391/2002, e 50, e CtEDH, 11 de dezembro de 2008, *Panovits v. Chipre*, n. 4.268/2004 e 64.

49 CtEDH, 13 de fevereiro de 2001, *Garcia Alva v. Alemanha*, *Lietzow v. Alemanha* e *Schöps v. Alemanha*, ns. 23.541/1994, 24.479/1994 e 25.116/1994, e CtEDH, 9 de julho de 2009*, Mooren v. Alemanha*, n. 11.364/2003, e 124-125.

derrogação ao artigo 3º é permitida (art. 15, §2º). O artigo 8º, parágrafo 1º, garante que cada pessoa tem o direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. Dentro do contexto da defesa criminal efetiva, o artigo 8º é particularmente relevante no que se refere às comunicações entre o cliente e o advogado, ao acesso à assistência jurídica e ao direito a investigar atos policiais como vigilância e operações sigilosas. Sugestivamente, é permitido interferência no gozo do direito contanto que esteja conforme a lei e de acordo com o padrão de necessidade em uma sociedade democrática, entre outras circunstâncias, por motivo de segurança nacional, de segurança pública ou na prevenção de desordem ou crime (art. 8º, §2º). O direito ao recurso no processo penal é estabelecido no Sétimo Protocolo, artigo 2º, da CEDH; o artigo prevê que uma pessoa declarada culpada por um tribunal por ter cometido uma infração criminal tem o direito de ter sua sentença revisada por um tribunal superior.[50] Esse direito pode estar sujeito a exceções no caso de pequenos delitos ou quando a pessoa tiver sido julgada em primeira instância por um tribunal superior ou, então, condenada após recorrer de qualquer decisão de absolvição.

Enquanto alguns signatários da CEDH não a incorporaram nas suas legislações internas, outros a incorporaram ao direito interno, de modo que a CEDH é diretamente aplicável. Em geral, um indivíduo que alega que os seus direitos, de acordo com a CEDH, foram violados pode submeter um pedido para que seu caso seja analisado pela CtEDH; esse pedido, no entanto, só pode ser apresentado uma vez esgotados todos os recursos internos. No que tange ao direito à imparcialidade de julgamento, embora a CtEDH leve em conta direitos processuais específicos, o Tribunal considera como sua função primordial a de avaliar se os procedimentos foram justos em seu conjunto, à luz dos fatos específicos do caso concreto.[51] Consequentemente, se outros procedimentos ou processo judicial têm a capacidade de retificar ou compensar a violação de um direito processual, isso pode fazer com que, em sua totalidade, o julgamento não seja considerado injusto. Além disso, o Tribunal Europeu trata a admissibilidade de provas como um assunto de legislação nacional e justiça nacional, já que sua única preocupação é analisar se os procedimentos foram conduzidos de forma justa.[52] Também há alguns elementos da defesa criminal efetiva, como a qualidade da assistência jurídica, que o Tribunal considera muito

50 Nem todos os signatários do CEDH assinaram e ratificaram o protocolo.

51 CtEDH, 20 de novembro de 1989, *Kostovski v. Países Baixos*, n. 11454/1985, e 39, CtEDH, 6 de dezembro de 1988, *Barberà, Messegué e Jabardo v. Espanha* 11, EHRR, 360.

52 CtEDH, Grande Câmara, 1º de junho de 2010, *Gäfgen v. Alemanha*, n. 22.978/2005, e 163, e ver os julgamentos observados.

fortemente, para além de seu alcanceconstitucional.[53] Os julgamentos da CtEDH não são diretamente executáveis, mas, conforme o artigo 46 (1) da CEDH, todos os Estados Partes se comprometem a respeitar o julgamento final da CtEDH em qualquer caso no qual eles sejam a parte interessada. A execução de um julgamento é supervisionada pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa, cuja atribuição é de assegurar que o Estado implemente as soluções adequadas. Caso o Comitê de Ministros conclua que um Estado Parte está se recusando a executar um julgamento final, pode encaminhar o caso à Grande Câmara da CtEDH. Se o Tribunal de Justiça confirmar a violação, o caso volta ao Comitê para que ele defina a medida a ser tomada. No caso de uma violação grave, o Comitê pode tomar medidas para suspender o Estado e requerer sua retirada do Conselho da Europa.[54]

4.3.3 A União Europeia e diretos processuais

Com o propósito de introduzir ao longo dos anos um conjunto de direitos processuais para pessoas suspeitas ou acusadas na legislação da União Europeia, em 2009 foi adotado um quadro de referência dos direitos processuais no processo penal.[55] Ao longo desse período, a UE tinha aprovado numerosas normas jurídicas sobre polícia, cooperação e reconhecimento mútuo entre a Procuradoria e os juízes, e observou-se que essas normas deveriam estar acompanhadas de medidas que protegessem os direitos dos indivíduos nos processos penais. O mecanismo legislativo a ser adotado era a Diretiva da UE, pela qual cada Estado Membro da UE tem que introduzir legislação, regulamento ou outra medida qualquer que garanta o cumprimento nacional das normas contidas nas diretivas.

A primeira medida a ser adotada, em outubro de 2010, foi a Diretiva da UE sobre o direito à interpretação e tradução, cujo direito teve que ser transposto para a legislação nacional dos Estados Membros até outubro de 2013.[56] Em resumo, a Diretiva requer que os Estados Membros assegurem que as pessoas suspeitas ou acusadas que não falem ou que não entendam o idioma dos procedimentos penais de seu interesse recebam, gratuitamente, serviços de interpretação durante as fases do processo penal e

53 CtEDH, 24 de novembro de 1993, *Imbriosca v. Suíça*, n. 13.972/1988.

54 Estatuto do Conselho da Europa, art. 8º.

55 *Roadmap with a view to fostering protection of suspected and accused persons in criminal proceedings*, 1º de julho de 2009, 11.457/2009; DROIPEN, 53; COPEN, 120.

56 *Diretiva 2010/64/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de outubro de 2010 sobre o direito à interpretação e tradução no procedimento penal.*

a tradução dos documentos essenciais (arts. 2º e 3º). Exige-se, também, que os Estados Membros tomem medidas concretas para assegurar que tanto a interpretação quanto a tradução sejam de qualidade suficiente para garantir a justiça nos procedimentos (art. 5º). Exige-se, também, que os Estados Membros solicitem aos responsáveis pela formação de juízes, procuradores e funcionários judiciais que "prestem atenção especial às particularidades da comunicação por meio de um intérprete para assegurar uma comunicação eficiente e efetiva" (art. 6º) (*tradução nossa*).

Essa Diretiva foi seguida, em maio de 2012, por outra sobre o direito de informação, que deveria ser cumprida pelos Estados Membros até junho de 2014.[57] Essa Diretiva indica três direitos independentes, porém conectados. Primeiro, a partir do momento em que uma pessoa é informada por uma autoridade competente de que ela é suspeita ou acusada de haver cometido um delito (art. 1º), ela deve imediatamente ser informada, oralmente ou por escrito, quanto ao: direito a ter um advogado, direito à assistência jurídica gratuita; direito a ser informada da acusação; direito à interpretação e tradução; direito de permanecer em silêncio. A informação deve ser fornecida em uma linguagem simples e acessível, que leve em consideração eventuais necessidades especiais que a pessoa possa ter (art. 3º). Quando uma pessoa for presa ou detida, deve ser disponibilizada a ela uma carta contendo seus direitos, a qual deve poder conservar durante a sua detenção, na qual lhe sejam informados os direitos mencionados e também outros, como o direito a que as autoridades consulares sejam informadas (caso o acusado ou suspeito seja estrangeiro), o direito de acesso à assistência médica urgente e informação sobre o período máximo que poderá estar detida (art. 4º). Segundo, a pessoa suspeita ou acusada tem que ser imediatamente informada sobre o ato criminal de que ela é suspeita ou acusada de ter cometido e as razões pelas quais ela foi presa ou detida (art. 6º). Terceiro, a pessoa em questão deve poder dispor do acesso aos documentos relacionados com o caso contra ela no tempo suficiente para contestar a legalidade da sua prisão ou detenção e para permitir a preparação da sua defesa (art. 7º).

Em outubro de 2013, a UE adotou a Diretiva que dá o direito de acesso a um advogado e de que uma terceira pessoa seja informada da sua privação de liberdade, à qual os Estados Membros têm que dar cumprimento antes de novembro de 2016.[58]

57 *Diretiva 2012/12/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de maio de 2012 sobre o direito de informação no processo penal.*

58 *Diretiva 2013/48/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de outubro de 2013 sobre o direito a ter um advogado no procedimento penal e nos processos de execução de mandatos de detenção europeus e sobre o direito de ter uma terceira pessoa informada da sua privação de liberdade e de se comunicar com*

O direito está sujeito a uma exceção no que tange a pequenos delitos em que uma sanção pode ser imposta por uma autoridade além do tribunal criminal (art. 2º, §4º). Geralmente, suspeitos ou acusados têm acesso a um advogado a partir do momento em que eles são informados, por uma autoridade competente, de que eles são suspeitos ou acusados de haver cometido um delito, independentemente se estão privados de liberdade (arts. 2º, §1º, e 3º, §1º). Especificamente, as pessoas suspeitas ou acusadas têm o direito de ter acesso a um advogado antes e durante qualquer interrogatório efetuado pela polícia, sem demora injustificada depois de ser privada de liberdade, quando alguns atos de investigação são praticados e, a tempo, antes de qualquer comparecimento ao tribunal (art. 3º). Uma pessoa suspeita ou acusada que está privada de liberdade deve ter o direito de ter, pelo menos, uma pessoa informada de sua detenção (art. 5º) e de se comunicar com essa pessoa (art. 6º). Há previsão para derrogação temporária do direito de acesso a um advogado, mas somente no caso de haver uma necessidade urgente de prevenir graves consequências à vida, à liberdade ou à integridade física da pessoa ou quando uma ação imediata é imperativa para impedir um perigo significativo ao procedimento penal (art. 3º, §6º). Qualquer derrogação tem que ser estritamente limitada temporalmente, não deve ser exclusivamente baseada na gravidade da ofensa alegada e deve ser autorizada por uma autoridade judicial ou ser objeto de revisão judicial (art. 8º).

As propostas para uma série de medidas para completar o roteiro do direito processual foram publicadas pela Comissão Europeia em novembro de 2013.[59] As propostas incluem diretivas sobre: fortalecimento de certos aspectos na presunção de inocência e no direito de estar presente durante o julgamento penal; garantias especiais no procedimento penal para crianças suspeitas ou acusadas; e assistência jurídica gratuita para pessoas suspeitas ou acusadas privadas de liberdade. Além disso, a Comissão propôs dois conjuntos de recomendações não obrigatórias quanto às garantias processuais para pessoas suspeitas ou acusadas que tenham capacidades limitadas e quanto ao direito à assistência jurídica gratuita.

Ainda uma diretiva da UE não tenha efeito direto na legislação nacional dos Estados Membros, como foi citado anteriormente, estes têm que aprovar a legislação nacional e tomar as medidas que sejam necessárias para regulamentá-la. Cada uma

terceira pessoa e com autoridades consulares enquanto privado de liberdade.

59 Comunicação da Comissão com o Parlamento Europeu, com o Conselho, com o Comitê Europeu e o Comitê Social e o Comitê das Regiões, *Making progress on the European Union Agenda on Procedural Safeguards for Suspects and Accused Persons – Strengthening the Foundation of the European Area of Criminal Justice*, Bruxelas, 27 de novembro de 2013, COM (2013) 820/2.

das diretivas inclui dispositivos que requerem que os Estados Membros documentem as medidas tomadas e que a Comissão faça uma avaliação das medidas adotadas e informe ao Parlamento e ao Conselho Europeu se tais sugestões são suficientes. A Comissão pode, também, apresentar o caso ao Tribunal de Justiça da União Europeia, caso considere que um Estado Membro não cumpriu com a diretiva; o Tribunal tem poder de impor multas ao Estado referido. Além disso, qualquer tribunal nacional pode requerer que o Tribunal de Justiça da União Europeia decida judicialmente sobre um assunto que envolva o cumprimento da Diretiva; e há uma previsão para que haja uma audiência imediata no caso de urgência, como, por exemplo, quando uma pessoa se encontra sob custódia. Portanto, os mecanismos para a execução dos direitos processuais na legislação da EU são mais rígidos e céleres do que aqueles sob a CEDH.

4.3.4 Direitos processuais na Europa — um exemplo

Com o propósito de ajudar no entendimento da abordagem europeia a respeito dos direitos processuais, apresentamos um exemplo de caso relacionado com o direito a se ter acesso a um advogado na fase de investigação de um processo penal.

Em maio de 2001, Yusuf Salduz, então menor de 18 anos, foi preso pela polícia antiterrorista na Turquia e levado sob custódia, suspeito de ter participado de uma manifestação ilegal que apoiava uma organização também ilegal, o Partido dos Trabalhadores do Curdistão (PKK). Embora o direito turco contemple que um suspeito tem direito a um advogado desde o momento em que fica sob custódia policial, esse direito não é aplicado quando os suspeitos de terem cometido um delito estão sujeitos à jurisdição dos Tribunais de Segurança do Estado. Como resultado, Salduz foi interrogado sem ter recebido o direito de acesso a um advogado e admitiu ter participado de uma manifestação ilegal e de ter exibido um cartaz que demonstrava apoio ao líder do Partido dos Trabalhadores do Curdistão. No dia seguinte, ele foi levado perante o procurador e, subsequentemente, ao Juiz de Instrução; diante deste, Salduz corrigiu o seu depoimento à polícia e alegou que ele havia sido espancado e insultado enquanto estava sob custódia policial e que o seu depoimento inicial havia sido obtido sob coação. Salduz foi mantido sob custódia e só então foi permitido o acesso a um advogado. Seis meses depois, o Tribunal de Segurança do Estado o condenou com base, principalmente, embora não exclusivamente, no seu depoimento à polícia, estipulando pena de quatro anos

e seis meses de prisão.[60] O seu recurso ao Supremo Tribunal de Justiça com base na violação da CEDH, artigos 5º e 6º, foi arquivado.

Salduz entrou com uma petição junto à CtEDH e, em abril de 2007, foi proferida sentença que reconheceu a violação do artigo 6º, parágrafo 1º, da CEDH, com base na informação de que o parecer do procurador não havia sido revelado a ele no recurso, mas declarou que a negativa ao acesso a um advogado não correspondeu a uma violação ao artigo 6º, parágrafo 3º, inciso c. Salduz então solicitou que o caso fosse submetido à Grande Câmara da CtEDH e, em novembro de 2008, mais de sete anos depois da sua detenção inicial, a Grande Câmara decidiu em seu favor:

> "O Tribunal considera que, para que o direito à imparcialidade de julgamento permaneça adequadamente "prático e eficaz", o artigo 6º, parágrafo 1º, requer que, como regra, o acesso a um advogado deva ser promovido a partir do primeiro interrogatório de um suspeito pela polícia, a não ser que seja demonstrado, atendendo às circunstâncias de cada caso, que há razões convincentes que restringem esse direito (§ 55)" (*tradução nossa*).[61]

O argumento para a decisão se concentrou na importância do acesso a um advogado para salvaguardar o privilégio contra autoincriminação e prevenir maus-tratos:

> "Um acesso a um advogado logo no primeiro momento em que é acusado ou se torna um suspeito é parte das garantias processuais para as quais o Tribunal dará particular atenção ao examinar se o procedimento extinguiu a própria essência do privilégio contra a autoincriminação [...] Dentro desse contexto, o Tribunal também observa as recomendações do CPT (§ 39-40 acima) pelas quais o comitê reafirma o direito de um detido a ter acesso a aconselhamento jurídico como garantia fundamental contra maus-tratos. Qualquer exceção ao gozo desse direito deve estar claramente circunscrita e sua aplicação tem que ser estritamente limitada temporalmente. Esses princípios são particularmente relevantes nos casos de graves acusações, dado que quando penas pesadas podem ser aplicadas é quando o respeito pelas garantias processuais deve ser assegurado pelas sociedades democráticas no mais elevado grau possível (§ 54)" (*tradução nossa*).

A decisão *Salduz* foi confirmada em muitas decisões subsequentes da CtEDH.[62] Porém, ainda que a decisão tenha deixado claro que o direito ao acesso a um advogado

60 Reduzida para dois anos e seis meses de encarceramento porque ele era menor de idade na época do delito.

61 CtEDH, Grande Câmara, 27 de novembro de 2008, *Salduz v. Turquia,* n. 36.391/2002.

62 Ver, por exemplo, CtEDH 10 de março de 2009, *Böke and Kandemir v. Turquia,* ns. 71.912/2001, 26.968/2002 e 36.397/2003, CtEDH, 3 de março de 2009, *Aba v. Turquia,* ns. 7.638/2002 e 24.146/2004, TEDH, 17 de fevereiro de 2009, *Aslan e Demir v. Turquia*, ns. 38.940/2002 e

se aplica "a partir do primeiro interrogatório", não afirmou explicitamente que um suspeito tem o direito de ter o seu advogado presente durante o interrogatório policial. Alguns governos europeus consideraram que, na ausência de disposições expressas nessa matéria, a decisão não exigiu deles a introdução desse direito. Entretanto, julgamentos subsequentes da CtEDH colocam a questão em dúvida, determinando que o direito de acesso a um advogado inclui o direito de ter um advogado durante o interrogatório policial.[63]

As consequências para Salduz do sucesso de seu pedido junto à CtEDH foram relativamente modestas. Em conformidade com a abordagem geral da CEDH artigo 6º, parágrafo 1º, a Grande Câmara considera que a forma mais apropriada de retificação seria submeter o requerente a novo julgamento conduzido de acordo com o artigo 6º,[64] se o requerente assim desejar. Além disso, concedeu uma soma nominal para cobrir custos e despesas. Entretanto, as consequências mais amplas da decisão foram consideráveis. A legislação turca foi alterada bem antes das decisões da CtEDH, estendendo o direito a aconselhamento jurídico a todos os suspeitos e tornando obrigatória a indicação de um advogado quando o suspeito é menor de idade ou quando é acusado de um delito punível com encarceramento com duração de cinco anos ou mais. Outras jurisdições europeias, cuja lei não previa o direito de acesso a um advogado a suspeitos detidos sob custódia policial, introduziram essas leis, embora, em alguns casos, somente o fizeram depois de os tribunais nacionais considerarem que a lei até então existente era incompatível com a decisão *Salduz*.[65] Além disso, a UE, ao adotar a Diretiva sobre o direito de acesso a um advogado, considerou explicitamente a decisão *Salduz* e outras decisões da CtEDH, estabelecendo regras mínimas a respeito do direito de acesso a um advogado nos procedimentos penais.[66] Como resultado, registrado na seção 4.3.3, acima, todos os Estados Membros da UE terão que ajustar suas leis e normas administrativas para assegurar o cumprimento da Diretiva e a sua falta de cumprimento pode resultar na aplicação de sanções.

51.97/2003, e CtEDH, 17 de fevereiro de 2009, *Oztürk v. Turquia* n. 16.500/2004, CtEDH, 24 de dezembro de 2009, *Pishchalnikov v. Rússia*, n. 7.025/2004.

63 CtEDH, 21 de junho de 2011, *Mader v. Croácia*, n. 56.185/2007; CtEDH, 28 de junho de 2011, *Sebalj v. Croácia*, n. 4.429/2009.

64 O que significaria que o tribunal não deveria confiar no depoimento de confissão feito à polícia pelo requerente.

65 Por exemplo, França e Escócia. Ver Blackstock e outros, 2014, cap. 3.

66 *Diretiva 2013/48/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de outubro sobre o direito de acesso a um advogado no procedimento penal,* Recital 12.

5. Conclusões

Atualmente, a maioria dos países na América Latina está envolvida em amplas reformas nos seus respectivos sistemas de justiça criminal. Muitos dos países sofreram conflitos sociais e políticos durante as últimas décadas e enfrentam problemas significativos decorrentes de um sistema de justiça criminal sobrecarregado e com falta de recursos. Nesse contexto, o desafio é desenvolver instituições de justiça criminal que sejam democraticamente responsáveis, processos transparentes, efetivos, justos e imparciais, que cumpram parâmetros aceitáveis. Enquanto cada país tem uma combinação única de história política, instituições, tradições processuais e culturas, os sistemas de justiça criminal de cada um dos países compartilham características comuns e também podem obter benefícios compartilhando experiências. Enquanto algumas características dos sistemas de justiça criminal são específicas da América Latina, os países da região não são únicos no que tange aos desafios enfrentados. Em particular, muitos países da Europa Oriental enfrentaram, desde o final da década de 1980, significativas mudanças de ordem política, econômica e institucional. Esses países também compartilham com a América Latina a experiência na transformação de seus procedimentos na justiça criminal, em geral, e no procedimento penal, em particular.

Em uma época de mudança e transformação, diagnósticos sobre a prática são muito importantes. Constantemente, se não normalmente, há uma diferença significativa entre como as legislações e os processos são destinados a operar e como eles realmente operam. Se as reformas devem ser efetivas, e normas e parâmetros regionais e internacionais devem ser cumpridos, é importante entender como as leis, as instituições e os processos funcionam na prática, especialmente a partir do ponto de vista daqueles que são mais afetados por eles. A pesquisa relatada neste livro foi concebida com o intuito de contribuir para um melhor entendimento de como o sistema de justiça criminal funciona nos países abordados no estudo, especialmente no que se refere ao acesso à defesa criminal efetiva. O estudo usou e adaptou uma metodologia testada e aprovada que tinha sido usada em dois estudos anteriores na Europa, que apresentaram dados e resultaram em recomendações consideradas objetivas, críveis e confiáveis.[67]

67 Por exemplo, o estudo relatado em Cape e outros, 2010, foi usado como fonte de informação para as três avaliações de impacto encomendadas pela Comissão Europeia ao desenvolver propostas sobre o direito à interpretação e tradução, direito à informação e o direito de acesso a um advogado para as Diretivas da UE. *Ver Proposta de Decisão-quadro do Conselho sobre o Direito à Interpretação e Tradução no Procedimento Penal: Avaliação de Impacto*, Bruxelas, 8/7/2009 SEC (2009) 915; *Avaliação de*

O sistema de justiça criminal e seus processos são complexos, refletem interesses e valores variados e são muitas vezes políticos e politizados. Como consequência, nossas conclusões e orientações poderão ser debatidas e contestadas, o que consideramos um elemento positivo. Esperamos que este estudo gere discussões e debates, pois esses são parte de um processo necessário no desenvolvimento de um melhor entendimento do fenômeno que levantamos e analisamos. Acima de tudo, esperamos que este estudo contribua para o cumprimento dos padrões internacionais relacionados à justiça, às garantias processuais e ao acesso à defesa criminal efetiva.

6. Bibliografia

Blackstock, Jodie e outros. *Inside Police Custody: An Empirical Account of Suspects' Rights in Four Jurisdictions*. Antwerp: Intersentia, 2014.

Cape, Ed e outros. *Effective Criminal Defence in Europe*. Antwerp: Intersentia, 2010.

Cape, Ed; Namoradze, Zaza. *Effective Criminal Defence in Eastern Europe*. Soros Foundation: Moldova, 2012.

Jackson, Jonathan e outros. "Why do people comply with the law? Legitimacy and the Influence of Legal Institutions". *British Journal of Criminology,* v. 52, n. 6 (2012): 1051-1071.

Langer, Maximo. "Revolution in Latin American Criminal Procedure: Diffusion of Legal Ideas from the Periphery". *The American Journal of Comparative Law,* v. 55 n. 4 (2007): 617-676.

Myhill, Andy; Quinton, Paul. *It's a fair cop? Police legitimacy, public co-operation, and crime reduction: An interpretative evidence commentary*. National Policing Improvement Agency, 2011.

Schumann, Stefan e outros. *Pre-trial Emergency Defence.* Vienna: Intersentia, 2012.

Tyler, Tom. *Why People Obey the Law.* Princeton: Princeton University Press, 2006.

UNODC. *Early access to legal aid in criminal justice processes: A handbook for policy-makers and practitioners.* Nova York: UNODC, 2014.

Impacto Acompanhando a Proposta para uma Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho do Direito ao Acesso a um Advogado e a de Notificação de Custódia a uma Terceira Pessoa no Procedimento Penal, Bruxelas, 8/6/2011 SEC (2011) 686.

Alberto Binder,
Ed Cape
Zaza Namoradze

CAPÍTULO 2. PARÂMETROS SOBRE DEFESA PENAL EFETIVA NA AMÉRICA LATINA

1. Introdução

A pesquisa de base tanto dos relatórios nacionais como do estudo dos padrões internacionais na região latino-americana faz parte e se encontra integrada à já realizada na Europa, particularmente no Leste Europeu.[1] Isso implica, como já foi apontado no capítulo correspondente, em uma unidade metodológica entre estes três estudos, cuja finalidade é facilitar a comparação entre as situações e a transferência de experiências positivas, a fim de provocar uma unificação da base dos padrões de defesa criminal, assim como a concretização de tais padrões em uma prática efetiva.

O foco principal que se mantém nessas pesquisas caracteriza-se por colocar a pessoa do indiciado ou acusado, enquanto sujeito de um conjunto de direitos de defesa, no centro da pesquisa.[2] Isso implica não só em preocupar-se com estruturas normativas ou o resultado do julgamento, mas também com a maneira com que o acusado transita por todas as etapas de um processo que deve tê-lo como protagonista privilegiado. Por outro lado, não se pode limitar o foco com a ideia tradicional de "defesa em julgamento" já que, para centenas de milhares de pessoas, a experiência real de sua passagem pela justiça criminal pouco se refere ao momento do julgamento em si, senão às detenções policiais e às etapas preparatórias do processo.[3] No caso da região latino-americana, o fenômeno da prisão preventiva prolongada, como alternativa

1 Cape e outros, 2010; Cape e Namoradze, 2012.
2 Cape e outros, 2012, p. 9.
3 Ibidem.

concreta ao verdadeiro julgamento oral e público, é ainda uma realidade central e massiva que distorce a maioria das instituições do processo penal.[4]

Deve ficar claro, assim, que o foco consiste em considerar que o acesso a uma defesa efetiva é condição para a vigência das garantias que conformam um julgamento imparcial. É claro que esse conjunto de garantias é maior, mas todas elas se enfraquecem se não girarem em torno da defesa efetiva. A ideia de *sistema de garantias,* já usual em nossa região, mostra-nos, por um lado, a *interdependência dinâmica de todas as garantias que protegem o acusado* e, por outro, o caráter central dos direitos de defesa do suspeito ou acusado, para que se *concretize esse sistema*, em uma *situação real de proteção.*

Como veremos, ainda que o conjunto de direitos possa ser incluído em uma fórmula geral (devido processo, direito a um julgamento justo ou julgamento imparcial, com as distinções que faremos mais adiante) que se encontra ancorada nos artigos 7º e 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), o importante é encontrar, dentro desse conceito geral, aqueles direitos específicos e concretos que fundam uma defesa criminal efetiva. Seguindo esses postulados metodológicos da pesquisa geral, agrupamos esses direitos "concretos" em quatro categorias:

1. Direitos vinculados à informação que deve ser fornecida ao acusado. Quer dizer, (i) tudo aquilo que se refere à informação sobre a prisão ou a detenção e os direitos que surgem a partir dessa situação; (ii) a informação sobre a imputação, a formulação de acusação, segundo as etapas processais, (iii) a informação sobre todas as possibilidades de defesa que a pessoa tem nesses casos e (iv) o direito a ter acesso aos elementos de prova que vão se acumulando contra ela.
2. O segundo agrupamento consiste naqueles direitos vinculados a ser verdadeiro sujeito do processo, ou seja, a desenvolver um papel ativo em defesa de seu próprio interesse. Esse agrupamento envolve: (i) o direito da pessoa acusada a se defender e representar-se pessoalmente, como manifestação mais básica do reconhecimento de seu papel como sujeito ativo; (ii) o direito a escolher e contar com um advogado de defesa de confiança, com capacidade técnica; (iii) o direito a que seu interrogatório, na fase inicial ou ao longo do processo, sempre conte com o suficiente assessoramento; (iv) portanto, o direito a uma proteção especial de sua comunicação privada com o advogado de defesa; (v) contar com um advogado de defesa providenciado

4 AAVV Ceja, 2011.

pelo Estado, quando não puder contratá-lo do seu próprio bolso e (vi) o direito a que esse defensor deva preservar, acima de tudo, os direitos de seu assistido, sem adesão a outros critérios ou diretrizes superiores.

3. O terceiro agrupamento consiste nos direitos vinculados a uma participação real e efetiva dentro do processo e à manutenção dentro dele de uma condição especial de proteção. Isso envolve, em primeiro lugar, (i) o direito à presunção de inocência e a ser tratado como tal; (ii) o direito a permanecer em silêncio durante o curso do processo, particularmente no julgamento, e a que não se imponha nenhuma obrigação ou prática que implique a obrigação de prestar depoimentos contra si próprio; (iii) o direito a permanecer em liberdade durante o processo e o julgamento, e a que qualquer restrição antecipada da liberdade esteja submetida a exigências de legalidade, razoabilidade e temporalidade e, em qualquer caso, que não constitua uma impossibilidade para o exercício da defesa; (iv) o direito a participar direta e presencialmente durante o julgamento; (v) o direito a que as decisões que o afetem não sejam arbitrárias e tenham fundamentos razoáveis e (vi) o direito a uma revisão integral da sentença condenatória.
4. O quarto agrupamento gira em torno do direito a que todos os outros direitos sejam efetivos, ou seja, a afirmação de que não é suficiente o seu reconhecimento formal, mas sim que existem outros direitos que obrigam a gerar condições práticas para o exercício dos anteriores. Isso significa: (i) o direito a investigar o caso com meios próprios e apresentar provas; (ii) o direito a contar com suficiente tempo e possibilidades para preparar a defesa; (iii) a paridade de armas na produção e no controle da prova em todas as etapas processuais e audiências; (iv) o direito a contar com um intérprete oficial de sua confiança e com a tradução dos documentos e provas.

Por outro lado, além de manter o agrupamento realizado na pesquisa geral, que facilitará a tarefa comparativa, destacamos a característica de serem esses os *20 direitos fundamentais que conformam uma defesa criminal efetiva,* por razões mnemônica e para facilitar seu uso, como ferramentas de promoção desses direitos nos contextos regionais ou como padrão de crítica das legislações locais. A classificação é um mecanismo conceitual que facilita o desenvolvimento e a compreensão desses direitos; sua enumeração como lista básica procura ser uma ferramenta de comunicação a serviço do uso prático na concretização desses direitos.

Procuraremos, primeiramente, a *referência normativa mais direta para cada um desses direitos.* Isso implica explorar sua base normativa na CADH*, não* só porque ela é o principal instrumento de proteção por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) — da qual é seu último intérprete —, mas também porque existe uma prática crescente — que, por outro lado deve ser alentada — de aplicação dessa Convenção diretamente pelos tribunais nacionais, sejam os de superior hierarquia sejam diretamente os juízes vinculados ao julgamento. Em consequência, interessa-nos, primeiramente, a interpretação feita pela Corte Interamericana desses instrumentos. Como explicaremos, ainda não existe um desenvolvimento amplo dessa interpretação, razão pela qual devemos recorrer a outras fontes jurisprudenciais nacionais de alto nível para completar o quadro interpretativo. Isso é relevante devido ao estágio inicial de desenvolvimento dos direitos do acusado por parte da Corte IDH. Explicar esse estágio de desenvolvimento inicial está vinculado a algumas caraterísticas regionais que sinalizam problemas e tarefas próprias desta época; e que, no entanto, têm tal grau de relevância que devem ser analisadas, ainda que sucintamente, para uma melhor compreensão da situação do direito de defesa.

Esses esclarecimentos, de algum modo recorrentes, servem para entender algumas realidades do contexto latino-americano que devem ser levadas em conta na realização de qualquer trabalho comparativo. Eles se referem a: (i) o processo de reforma da justiça criminal da América Latina; (ii) a fase na qual se encontra o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH); (iii) a persistência de modelos de organização judiciária que matizam de uma maneira determinante as práticas judiciais e (iv) um modelo de exercício da advocacia — e de preparo para ela — que molda as práticas profissionais dos defensores. Essas situações devem ser destacadas, ainda que brevemente, para compreender a situação dos diferentes padrões internacionais na região. Algumas reflexões acerca desses pontos serão necessárias para cobrir os três níveis de realidade aos quais a pesquisa pretende chegar.[5]

Outrossim, devemos fazer uma breve referência aos conceitos de "julgamento imparcial", "julgamento justo", "defesa no julgamento" e "devido processo", já que seu uso ambíguo e pouco preciso contribui, e não pouco, para o enfraquecimento da jurisprudência na hora de esclarecer os conteúdos concretos de cada um dos direitos. Além disso, também não é pacífica a tradução de *fair trial* como "julgamento imparcial" ou "julgamento justo", e as conotações de "justiça" no sentido do "valor justiça" e, ainda mais, de um conteúdo preciso e objetivo desse valor podem gerar confusões entre

5 Cape e outros, 2012, p. 12.

o sentido do cumprimento das garantias e a "justiça" do caso, como satisfação desse valor. Da mesma maneira, um uso indiscriminado da expressão "devido processo" tem gerado também muitas confusões que terminaram enfraquecendo o conteúdo preciso e concreto dos direitos do acusado.

2. O contexto de uma justiça criminal em processo de mudança

Em meados da década de 1980, como resultado de diversos fatores, entre eles o processo de recuperação ou normalização democrática e a crítica aos sistemas judiciais, em particular, devido ao compromisso da justiça criminal com graves violações de direitos humanos ou com a impunidade dos autores do terrorismo de Estado das décadas anteriores, tem início um processo longo, complexo e profundo de revisão dos sistemas de justiça criminal até então estabelecidos. Eram sistemas mais ou menos próximos aos modelos inquisitoriais puros, baseados em uma justiça fundamentalmente escrita, com pouca ou nenhuma publicidade ou divisão de funções entre os atores, com um baixo nível de controle de garantias e que, basicamente, reconheciam poucos direitos ao acusado, inclusive, no simples plano do reconhecimento formal.

Esse processo de mudança, ainda não concluído em toda a região, produziu a renovação da legislação processual penal, de muitas leis orgânicas, e também significou uma renovação da doutrina e da jurisprudência. O processo de reforma não atingiu as reformas policiais; a transferência da nova concepção do processo às práticas concretas é algo lento, que mostra alguns frutos, mas também uma permanente distorção, que é conhecida como reconfiguração inquisitorial do sistema acusatório. Do conjunto de países que conformam esta pesquisa, os relatórios nacionais dão conta do estado da discussão e do avanço em cada um deles (nos países federais como México, Argentina e Brasil, o avanço é mais lento e complexo, devido às características também mais complexas de divisão de tarefas judiciais entre os estados federados e a Federação). Porém, a reforma da justiça criminal deve ser destacada como um *processo regional* já que significou, e significa, uma fase nova de intercâmbio de ideias, de instalação de novos paradigmas, de novas expectativas e redes de intercâmbio entre as entidades públicas e privadas do setor.

Em termos gerais, a reforma do processo significou:

a) a adoção definitiva do julgamento oral, público e contraditório como única forma válida de se chegar a uma condenação. De fato, isso signi-

ficou em alguns países a realização de julgamentos dessa natureza pela primeira vez em sua história. Paulatinamente, foi sendo ampliado o programa de oralidade para todas as etapas do processo (audiências sobre as fases prévias), o que gerou uma mudança muito mais profunda na dinâmica do sistema;

b) a divisão de funções entre o juiz, o acusador e a defesa. A figura do juiz de instrução ou de um procurador moldado ao estilo de um juiz de instrução é substituída por uma tripartição clara das tarefas de julgar e controlar os acusadores (juízes), preparar o caso, orientar a investigação e acusar (procuradores e acusadores particulares), e as tarefas de crítica e defesa (o acusado e seu defensor). Essa divisão de funções, ainda que pareça algo óbvio, tem sido um dos pontos mais difíceis de encaminhar, dadas as tendências a voltar a entregar a um dos intervenientes uma função hegemônica dentro do processo ou a renúncia dos juízes a abandonar sua anterior posição de acusadores e julgadores ao mesmo tempo;

c) a ampliação do sistema de garantias do acusado. Primeiramente, no reconhecimento formal na própria legislação processual penal que, nesse campo, era especialmente sucinta na hora de enumerar direitos de defesa do acusado, inclusive de textos constitucionais mais modernos que haviam avançado no reconhecimento desses direitos. Em segundo lugar, produzem-se o nascimento e o desenvolvimento de novos sistemas de defesa pública, que provocam um salto qualitativo na possibilidade real de contar com um advogado defensor, em particular para os setores mais pobres e vulneráveis da sociedade;

d) a ampliação dos modos de conclusão do processo, o que incorpora saídas conciliatórias que impliquem a reparação dos danos, a suspensão condicional do processo frente ao cumprimento de medidas de diversos tipos, a reparação do dano como causa de extinção do caso, a possibilidade de pactuar penas menores e outras saídas que geraram tanto vantagens como novos desafios para o exercício do direito de defesa ante os perigos de manipulação do processo, com o fenômeno chamado de punição indireta;

e) uma incorporação muito mais forte dos direitos das vítimas e de sua participação dentro do processo. Muito além da discussão acerca da conveniência

político-criminal dessa medida no contexto latino-americano, o certo é que isso gerou novas exigências e desafios para o exercício da defesa, que se manifesta de um modo desigual segundo os tipos de casos e a intensidade da participação das vítimas, conforme o tipo de delito.

A intensidade da mudança, o fato de que as reformas não ficaram simplesmente no papel, mas sim foram executadas ainda que imperfeitamente (o que gerou problemas importantes em sua implementação ou atrasou seu desenvolvimento territorial), o impacto que tiveram na doutrina, na jurisprudência e no ensino (embora ainda não tenham sido modificados os padrões de aperfeiçoamento e treinamento dos advogados), o fato de que estes ainda se encontram condicionados por sistemas policiais difíceis de controlar e com graves problemas de eficiência ou respeito das garantias, enfim, todo esse conjunto de variáveis deve ser destacado tanto para apontar o particular momento no qual se desenvolve esta pesquisa quanto para advertir acerca do caráter de construção no qual ainda se encontram os padrões internacionais nessa matéria.

2.1 A Corte Interamericana. Preocupações de época

Um conjunto de variáveis que devem ser destacadas provém do desenvolvimento particular do sistema interamericano de direitos humanos (SIDH) e, particularmente, da índole dos casos apresentados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Deve se destacar que uma das tarefas principais que se impuseram tanto à Comissão quanto à Corte, em uma primeira fase de funcionamento, foi a de pôr limites ou reparar, na medida do possível, o enorme nível de impunidade existente na região frente a gravíssimas violações de direitos humanos fundamentais, em particular à vida, provenientes das ações de terrorismo de Estado desenvolvidas no calor da doutrina de segurança nacional, que sustentou muitas das ditaduras latino-americanas, "tingiu" governos fracamente democráticos ou fundou doutrinas militares de intervenção em revoltas ou guerras civis. Os brutais ataques à população e o encobrimento sistemático dos gravíssimos delitos cometidos (genocídios, desaparecimentos, execuções extrajudiciais etc.) obrigou o sistema interamericano *a dar especial atenção à situação das vítimas, a desenvolver uma doutrina interamericana sobre a tutela jurisdicional dos direitos delas ou a denunciar o uso fraudulento de garantias que foram colocadas a serviço da impunidade mais escandalosa.*

Esse esclarecimento é importante porque marcou toda uma fase da interpretação que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) tem realizado acerca das garantias judiciais. Ela tem se caraterizado, primeiramente, por uma ênfase permanente na obrigação dos Estados de garantir uma mínima eficácia na proteção dos direitos das vítimas, inclusive por meio do processo penal, devido a que os casos sob sua consideração, em geral, envolviam questões penais de grande magnitude; em segundo lugar, ainda que não se possa afirmar que a CIDH tenha buscado enfraquecer o status de proteção do acusado no processo penal, também não hesitou, dentro de um quadro claro, excepcional e especialmente fundamentado, em retirar garantias (coisa julgada, retroatividade etc.) do acusado, quando era *manifesto, no contexto dos graves casos julgados, pertencentes a uma época de caraterísticas particulares, que a manutenção até as últimas consequências dessas garantias levava a uma situação intolerável em termos de desproteção das vítimas dessas graves violações.* Essa tendência da jurisprudência internacional tem sido criticada e, inclusive, qualificada como "neopunitivismo".[6] Em terceiro lugar, essa preocupação "de época" por essa dimensão dos direitos impediu, em grande medida — devido ao caráter seletivo dos casos que a CIDH decide levar a julgamento —, que se consolidasse uma jurisprudência internacional especificamente dedicada aos direitos do acusado ou às condições de sua eficácia.

Tal como veremos no capítulo seguinte, isso não significa que a Corte IDH tenha abandonado completamente o tema dos direitos vinculados à defesa do acusado; muito pelo contrário, veremos que a Corte tem ratificado as bases desses direitos, ainda que não tenha avançado suficientemente nos detalhes ou nas precisões necessárias; tudo faz supor, porém, que aos poucos vão chegando à Corte, por decisão da Comissão e por pressão dos afetados, novos casos vinculados à situação dos acusados ou dos condenados (em particular pelas graves condições carcerárias que também distorcem todo o sistema penal). As condições estão dadas para que lentamente se consolide um maior equilíbrio nos casos, e até é de se esperar que se forme uma nova época de preocupações sobre os direitos dos acusados, bem seja diretamente, seja por meio da já evidente preocupação da Comissão e da Corte pelas efetivas condições de vida dos encarcerados.

Embora essas circunstâncias gerem uma maior dificuldade na hora de reconstruir os padrões internacionais de defesa criminal efetiva e nos obriguem a integrar a

6 Como referência dessas críticas e do debate que se tem desenvolvido ao redor delas, ver Malarino, 2010; e Pastor, 2011.

pesquisa com a jurisprudência de outros tribunais, também outorga à pesquisa um estímulo adicional: ela não só deve procurar como interlocutores os atores locais, tribunais ou defensores, mas também deve dirigir-se aos atores do SIDH para ajudar a construir uma jurisprudência internacional mais ampla e precisa acerca dessa matéria. Inserir-se nessas transições, próprias da região latino-americana, é uma caraterística desta pesquisa, que deve ser expressa com clareza para facilitar o trabalho comparativo e enriquecê-lo.

2.2 Os modelos de organização inquisitoriais. O problema da burocratização dos problemas

Outro conjunto de variáveis que há de se considerar refere-se à tomada de consciência progressiva — com o apoio do próprio processo de reforma da justiça criminal — da influência determinante dos modelos de organização herdados, na configuração concreta dos problemas e o exercício dos direitos, também dos direitos do acusado. Efetivamente, o modelo de justiça criminal que se pretende abandonar (inquisitorial) não se caracteriza unicamente por regras processuais específicas (segredo, juiz investigador, predomínio da forma escrita, falta de defesa), mas sim modelos de organizações verticais, rígidas, compartimentadas, com uma forte marca cultural de formalismo e burocratização. Esses modelos de organização até agora não têm sido questionados tão fortemente como as regras processuais ou, no momento em que o foram, não se conseguiu apoio ou força suficiente para consolidarem-se mudanças concretas.

É certo e evidente que todas as organizações sofrem processos de burocratização e isso não é uma particularidade da região; também é verdade que essa burocratização produz os fenômenos de autonomia e incapacidade treinada, mas não fazemos referência aqui aos *níveis ordinários de burocratização*, mas sim à *persistência de um modelo de organização que contém em si mesmo a maior reserva de práticas e cultura inquisitorial e que produz distorções muito grandes na interpretação das normas em si.* Isso pode ser apreciado em dois planos: (i) o primeiro, mais claro, diz-nos que a recusa ao avanço dos direitos do acusado ou à consolidação de padrões mais precisos, se choca, acima de tudo, *com o impacto organizacional desses direitos ou padrões*; (ii) em um segundo plano, a interpretação desses direitos ou padrões realiza-se *a partir do âmbito organizacional; a partir do particular ambiente dessas organizações se ressignificam ou se dotam de sentido os direitos elementares.* Esse duplo processo de distorção organizacional é importante para não se crer que a brecha entre o estipulado

nas normas e o que efetivamente acontece é sempre um problema de poucos recursos, pouco comprometimento com o trabalho ou indolência moral: existe uma disputa sobre o sentido dos direitos, que se produz no interior de organizações com uma visão profundamente distorcida pela tradição inquisitorial.

Essa situação continua sendo determinante, apesar de que já tenha sido identificada e existam processos de mudança que procurem reverter tanto o modelo de organização quanto sua cultura organizacional. Por exemplo, existem alguns novos modelos de defesa pública que modificam a forma tradicional, ou novas estruturas judiciais ou de procuradores que também o fazem. Contudo, ainda existem muitas organizações que não começaram o processo de mudança ou que nem sequer têm consciência da importância de encará-lo. Assim, por exemplo, no caso específico das organizações de defesa pública, muitas delas mantêm formas de trabalho tradicionais, vinculadas às atividades da "Vara", "Juizado" ou "Tribunal", circunscrevem-se a "acompanhar" o trâmite do processo, segundo o ritmo que esses tribunais, "juizados" ou "varas" lhes imponham. Ou trata-se de organizações que giram ao redor do trâmite do processo judicial e só por meio dele se relacionam, como é bastante usual que aconteça entre procuradores e defensores; ou trata-se de organizações que carecem e rejeitam todo meio de controle e supervisão do trabalho e terminam distorcendo ou desviando as prioridades em detrimento dos casos mais simples em termos burocráticos. Enfim, essa *mediação organizacional não é só um problema de práticas, mas também de determinação do sentido das normas e, por isso, também deve ser levada em conta na hora de definir com maior precisão os padrões internacionais.*

2.3 O exercício da advocacia: formalismo contra o exercício dos direitos

Outro conjunto de variáveis a ser considerado gira em torno do modo *em que se vive e exerce a advocacia em nossa região*. Seja como um produto emergente do próprio funcionamento da administração de justiça, seja como o resultado de um modo de ensino de tipo escolástico, pouco orientado à prática e ao serviço legal, a realidade está relacionada a que o *padrão básico da prática profissional* gera também condicionamentos na hora de entender e praticar os direitos do acusado. Essa situação se vê reforçada por outras dimensões; por exemplo, o ensino na faculdade de direito não tem acompanhado até agora o processo de reforma da justiça criminal e tem se preocupado muito pouco em ensinar as habilidades necessárias para litigar nos novos sistemas. Por outro lado, as associações profissionais também não exercem um

verdadeiro controle, estabelecendo padrões para a atuação profissional ou reagindo diante das faltas éticas ou de má práxis.

Esse conjunto de fatores faz com que o advogado comum — para muitos setores da sociedade é muito difícil acessar um advogado especializado — e ainda o advogado especializado em matérias criminais, que faz parte da defesa pública, *naturalizem formas de atuação* que são prejudiciais para o exercício dos direitos dos acusados. Por exemplo, ainda é difícil que muitos defensores deem suficiente atenção ao *interesse concreto* do acusado, ou porque não consultam ou porque fazem primar critérios organizacionais gerais, ou evitam confrontar com seus colegas das outras instituições judiciais; ou, enquanto os advogados tendem a dar atenção só aos assuntos burocráticos, não exploram alternativas do processo que podem ser muito mais favoráveis para seus assistidos (e a nova legislação processual é muito rica em saídas alternativas à prisão), ou, então, costumam dar pouca importância em mantê-lo informado sobre as alternativas do caso e, em muitas ocasiões, têm relutância em visitá-lo em seu local de detenção. É bastante usual o abandono do caso em instâncias importantes (como o julgamento), aproveitando certa permissividade dos juízes nesse tema, e outras tantas práticas que se consideram como *exercício normal e ordinário da advocacia.* Não seria um ponto de destaque se isso só fosse a atuação de algum advogado negligente ou despreparado, pelo contrário, acabam sendo práticas arraigadas que não costumam ser identificadas e criticadas pelos próprios pares.

Utilizaremos como referência os Princípios Básicos Relativos à Função dos Advogados, aprovados pelo Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, celebrado em Havana (Cuba) de 27 de agosto a 7 de setembro de 1990. Não só porque constituem a fixação de padrões universais, mas também porque, embora não constituam uma fonte normativa direta, igual às "Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos", foram citados pela própria CIDH[7] como um texto de referência. Tal como se indica no preâmbulo:

> "Os Princípios Básicos Relativos à Função dos Advogados, enunciados em seguida, formulados para ajudar os Estados membros na sua tarefa de garantir que os advogados exerçam a sua função de forma adequada, devem ser respeitados e levados em consideração pelos Governos no âmbito da sua legislação e prática nacionais, e devem ser levados à atenção dos advogados assim como de outras pessoas como os juízes, membros do Ministério Público, membros do Poder Executivo e do Poder Legislativo e do público em geral. Estes princípios devem também aplicar-se, quando pertinente, às pessoas que exerçam as funções de advogado sem ser a categoria profissional de advogado".

7 *Caso Lori Berenson Mejía vs. Peru*, sentença de 25 de novembro de 2004, série C, n. 119.

2.4 Condições carcerárias e defesa

Também constitui um conjunto de variáveis significativas o particular estado generalizado das condições carcerárias. O estado de superlotação em condições desumanas, somado ao abuso do instrumento do encarceramento preventivo e sua manutenção por tempos prolongados, provoca uma *forte distorção do exercício da defesa. O eixo deixa de estar na disputa entre culpabilidade e inocência para mover-se ao de liberdade ou detenção, deixando em segundo plano as questões substantivas.* Isso se manifesta na importância central que os defensores dão ao encarceramento, na maneira como aceitam condenações sem julgamento por meio de procedimentos abreviados, ainda quando podiam realizar uma defesa efetiva ou tinham alguma possibilidade real de discutir a quantidade ou qualidade da prova.

Esse ponto tem sido de especial preocupação tanto por parte da CIDH como da Corte em si.[8] De fato, no *Caso Pacheco Teruel e outros vs. Honduras,*[9] a Corte

8 Em diversas sentenças, a Corte IDH firmou as bases de legalidade das detenções e encarceramentos. Por exemplo, *Villagrán Morales e outros vs. Guatemala,* sentença de 11 de setembro de 1997, série C, n. 32, § 131; *Suárez Rosero vs. Ecuador,* sentença de 12 de novembro de 1997, série C; *Caso Gangaram Panday vs. Suriname,* sentença de 21 de janeiro de 1994, série C, n. 16, § 47; *Caso Yvon Neptune vs. Haiti,* sentença de 6 de maio de 2008, série C, n. 180, dentre outras.

9 Sentença de 27 de abril de 2012, série C, n. 241. Nesse caso, a Corte também repassa os padrões internacionais que ela mesma aceitou, a saber: a) a superlotação constitui em si mesma uma violação à integridade pessoal, assim como obstaculiza o normal desempenho das funções essenciais nos centros penitenciários; b) a separação por categorias deverá realizar-se entre processados e condenados, e entre menores de idade e adultos, com o objetivo de que os privados da liberdade recebam o tratamento adequado à sua condição; c) toda pessoa privada da liberdade terá acesso à água potável para seu consumo e à água para sua higiene pessoal. A ausência de abastecimento de água potável constitui uma falta grave do Estado a seus deveres de garantia para as pessoas que se encontram sob sua custódia; d) a alimentação oferecida nos centros penitenciários deve ser de boa qualidade e deve conter um valor nutritivo suficiente; e) a atenção médica deve ser proporcionada regularmente e oferecido o tratamento adequado que seja necessário e sob a responsabilidade de equipe médica qualificada quando este for necessário; f) a educação, o trabalho e a recreação são funções essenciais dos centros penitenciários, que devem ser oferecidas a todas as pessoas privadas da liberdade a fim de promover a reabilitação e a readaptação social dos internos; g) as visitas devem ser garantidas nos centros penitenciários. A reclusão sob um regime de visitas restrito pode ser contrária à integridade pessoal; h) todas as celas devem contar com suficiente luz natural ou artificial, ventilação e adequadas condições de higiene; i) os serviços sanitários devem contar com condições de higiene e privacidade; j) os Estados não podem alegar dificuldades econômicas para justificar condições de detenção que não cumpram com os padrões mínimos internacionais na matéria e que não respeitem a dignidade inerente do ser humano, e k) as medidas disciplinares que constituam um tratamento cruel, desumano ou degradante, incluídos os castigos corporais, a reclusão em isolamento prolongado, assim como qualquer outra medida que possa pôr em grave perigo a saúde física ou mental do recluso estão estritamente proibidas. Esses padrões, segundo a CIDH, surgem dos seguintes instrumentos: ONU, *Regras mínimas para o tratamento dos reclusos*, adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes, realizado em Genebra em 1995 e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social por meio das suas resoluções

ratificou sua doutrina de que, quando uma pessoa está presa, "se estabelece uma relação e interação especial de sujeição entre o interno e o Estado; este último deve assumir uma série de responsabilidades particulares e tomar diversas iniciativas especiais para garantir aos reclusos as condições necessárias para desenvolver uma vida digna e contribuir ao gozo efetivo daqueles direitos que, sob nenhuma circunstância, podem ser restringidos ou daqueles cuja restrição não deriva necessariamente da privação de liberdade" (n. 64) (tradução nossa). Apesar desse chamado, o sistema penitenciário na região ainda resiste a cumprir com esses padrões. Particularmente, é notório o fato de que a pessoa privada da liberdade é submetida a um tipo de interação violenta, que excede em muito o simples fato da maior ou menor brutalidade dos encarregados do encerramento, já que se refere ao agir consentido de facções internas, vinculadas a setores dos próprios guardas, que, no contexto de condições de vida degradadas, fazem com que o problema de ser adequadamente defendido no caso passe a um plano secundário ante a necessidade de sair desse lugar a qualquer custo. Converte-se em um caso de defesa da vida, em um plano elementar.

2.5 Devido processo, julgamento imparcial ou julgamento justo

No âmbito da doutrina e jurisprudência latino-americana, é frequente um uso indiscriminado entre os conceitos de "devido processo" e julgamento justo ou imparcial. Ao mesmo tempo, essas duas expressões, que constituiriam a tradução de *fair trial,* podem trazer ambiguidades decorrentes de diversas tradições, dentre as quais a mais débil é a que provém de seu uso no mundo do direito de matriz anglo-saxã. Essas mesmas indeterminações existem na jurisprudência da Corte IDH e, consequentemente, têm um grande impacto na prática, já que se englobam todas as garantias no conceito de devido processo ou se enfraquece a ideia de julgamento (*trial*), produto da falta de uma construção histórica de longa data acerca do julgamento oral, público e contraditório.

663C (XXIV) de 31 de julho de 1957 e 2.076 (LXII) de 13 de maio de 1977; ONU*, Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão, adotado pela Assembleia Geral da ONU em sua resolução 43*/173, de 9 de dezembro de 1988; *ONU, Regras das Nações Unidas para a proteção dos jovens privados da liberdade*, adotadas pela Assembleia Geral da ONU na sua resolução 45/113, de 14 de dezembro de 1990. Ver também ONU, *Comentário Geral No. 21 do Comitê de Direitos Humanos, 10 de abril de 1992,* A/47/40/(SUPP), que substitui o Comentário Geral *No. 9, relativo ao Tratamento Humanos das Pessoas Privadas de Liberdade* (art. 10), adotado na 44ª sessão 1992, e CIDH, *Princípios e boas práticas para a proteção das pessoas privadas de liberdade nas Américas,* aprovados durante seu 131° período ordinário de sessões, realizado de 3 de março a 14 de março de 2008.

Poderíamos ignorar esse tema e considerar que podemos usar essas fórmulas como sinônimos. Todavia, não acreditamos que esse seja um caminho recomendável, não por algum tipo de purismo na tradução, mas sim porque, na prática, a identificação do conceito *fair trial* com o de devido processo — de indubitáveis alcances mais amplos — *deu fundamento a uma jurisprudência e a uma doutrina que debilitou a ideia do julgamento em si, como momento central e de maior qualidade de todo o processo penal.* O mesmo acontece com a expressão *hearing*, que ao ser traduzida simplesmente como "ser ouvido", implicou uma ratificação do modelo de audiência da tradição inquisitorial (comparecer diante de uma autoridade superior para relatar presencialmente suas queixas *in voce),* sem considerar a diferença para omodelo de audiência ou pleito público diante do juiz que reconhece a tradição anglo-saxônica.[10]

10 Como explica Sebastián Narvaja, 2012: Duce e Riego, 2007, pp. 380-381, enfatizam a ideia que essas traduções ou formas de redação não se devem atribuir a problemas linguísticos ou de falta de adequação das traduções, mas sim a uma falta de conhecimento profundo, na cultura jurídica da América Latina, do conceito e alcances da garantia de *julgamento justo (fair trial)*, em que os valores de publicidade, oralidade e do contraditório não foram percebidos como importantes nos procedimentos pelos quais se resolve sobre a responsabilidade penal das pessoas. A doutrina processual tradicional, baseada em uma análise sequencial e escolástica dos modelos processuais inquisitoriais ou mistos, permitiu uma análise nesse sentido, que não teria lugar dentro das culturas jurídicas anglo-saxônicas. Sobre o modo em que se têm construído e utilizado essas categorias conceituais do direito processual, ver Binder, 2000, pp. 25 e ss.; s.a.: 1-7. Os instrumentos internacionais utilizam, em sua versão em espanhol, as seguintes fórmulas: "[...] a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial" (DUDH, art. 10); "[Processo Regular] [...] direito de ser ouvida numa forma imparcial e pública [...]" (DADH, art. XXVI); "[...] direito a que a sua causa seja ouvida equitativa e publicamente por um tribunal competente, independente e imparcial [...]" (PIDCP, art. 14, §1); "[Garantias Judiciais] [...] direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial [...]" (CADH, art. 8, §2); "[Direito a um processo equitativo] [...]" "Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial" (CEDH, art. 6, §1) (*tradução nossa*).

Em suas versões em inglês, as fórmulas utilizadas são as seguintes: "[...] Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal [...]" (DUDH, art. 10); "[Right to due process of law] [...] Every person accused of an offense has the right to be given an impartial and public hearing, and to be tried by courts previously established [...]"(DADH, art. 26); "[...] everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal [...]"(PIDCP, art. 14, §1º); "[Right to a fair trial] [...] Every person has the right to a hearing, with due guarantees and within a reasonable time, by a competent, independent, and impartial tribunal [...]"(CADH, art. 8º, §2º); "[Right to a fair trial] [...] everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal [...]" (CEDH, art. 6º, §1º). Pode-se ver facilmente a diferença entre "ser ouvido" e a tradução comum de *hearing*. Segundo o Oxford Dictionary: "*Law* an act of listening to evidence in a court of law or before an official, especially a trial before a judge without a jury: *the court may stay execution pending a hearing". Finalmente,* "De alguma maneira, o 'devido processo legal' *(due process of law),* citado antes no direito dos EUA, ou a garantia de um julgamento imparcial e leal *(fair trial)* do direito

Essa dimensão deve ser destacada para dar rigorosidade, clareza e ao mesmo tempo historicidade ao trabalho comparativo.

De fato, no próprio SIDH se usa a expressão "devido processo" com uma amplitude enorme. Em um estudo amplo e rigoroso acerca da utilização dentro do SIDH, Sergio García Ramírez nos diz: "O devido processo adjetivo, geralmente caraterizado por invocação dos elementos que o integram e cujos méritos derivam da conformidade entre o julgamento e a lei, mas também entre ambos e a justiça, ou seja, um 'julgamento justo'. Sob o conceito de devido processo, reúnem e consolidam-se, então, diversos direitos do peticionário".[11] De forma reiterada — nos diz o autor —, a Corte IDH tem conceituado o devido processo como um limite à atividade do Estado, que se refere ao conjunto de requisitos que devem ser observados nas instâncias processuais para efeitos de que as pessoas estejam em condições de defender adequadamente seus direitos diante de qualquer ato do Estado que possa afetá-los, o que surge claramente de alguns casos.[12]

Em contrapartida, quando se trata de casos penais, o conceito de devido processo inclui todas as garantias mínimas estipuladas no artigo 8º da CADH, como outras adicionais que possam ser necessárias para integrar esse conceito, não só no plano formal, mas também com a exigência de que esses direitos e interesses possam ser defendidos de uma forma *efetiva e em condições de igualdade processual com outros direitos justiciáveis*. Isso surge dos casos *Lori Berenson Mejía vs. Perú*[13] *e Hilaire, Constantine e Benjamin e outros vs. Trinidade e Tobago.* [14]

inglês ou sua tradução ao direito europeu continental prevendo 'oportunidades iguais' para o acusado em um julgamento *(Waffenglechheit),* direitos consagrados pelo artigo 6, § 1º, 1ª. Oração, *Convenção europeia de direitos humanos, equivalem ao nosso* '*direito de defesa*'". Maier, 1996, pp. 540-541 (*tradução nossa*).

11 García Ramírez e outros., 2012, p. 13. Este texto é de especial utilidade, não só pelo caráter de seu autor (ex-presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos), mas também porque realiza uma análise minuciosa da totalidade das sentenças da Corte IDH. Utilizamo-lo, sem dúvida, como uma referência da seleção das sentenças.

12 Cf. *Baena Ricardo e outros vs. Panamá*, sentença de 2 de fevereiro de 2001, série C, n. 72, § 92; *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*, sentença de 20 de junho de 2005, série C, n. 126, § 78; *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru*, sentença de 31 de janeiro de 2001, série C, n. 71, § 68, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña,* sentença de 1º de setembro de 2010, série C, n. 217, § 178.

13 Sentença de 25 de novembro de 2004, série C, n. 119, par.176, e *Exceções ao esgotamento dos recursos internos* (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, arts. 46.1, 46.2.a e 46.2.b), Opinião Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990, série A, n. 11, § 24; *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados,* Opinião Consultiva OC-18/2003 de 17 de setembro de 2003, série A, n. 18, § 121; *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Âmbito das Garantias do Devido Processo Legal,* Opinião Consultiva OC-16/1999 de 1º de outubro de 1999, série A, n. 16, § 117.

14 Sentença de 21 de junho de 2002, série C, n. 94, § 146.

Vemos, então, que a Corte IDH tem feito um uso constante do conceito de devido processo, mas também tem usado a expressão "julgamento justo". Por exemplo, "Todo juiz tem a obrigação de garantir que os processos sejam levados a cabo com o devido respeito às garantias judiciais que sejam precisas para garantir um julgamento justo"[15] (*tradução nossa*). Dessa maneira, não conseguimos encontrar na própria linguagem da Corte IDH critérios claros para fazer uma diferenciação. Todavia, parece-nos que ela é necessária para evitar confusões. Nesse sentido, propomos que se utilize o conceito de "devido processo" como o mais amplo, que compreende todas as garantias e requisitos processuais, que permitem a qualquer pessoa em causa defender seus direitos e interesses em um processo, de qualquer tipo ou espécie. Esse conceito de "devido processo" pode ser assimilado ao de "julgamento justo", caso se tente incluir os elementos valorativos próprios de alguma ideia de justiça ou os elementos de "razoabilidade" da decisão, que normalmente se compreendem sob o conceito de "devido processo substantivo".

Em todo caso, devido processo e julgamento justo ficam como conceitos amplos, que excedem o âmbito do processo penal. Para se referir às estritas garantias próprias do processo penal — em particular sua opção preferencial pelos direitos do acusado que se materializam no "princípio da presunção de inocência", de tal maneira que não se pode falar dele em sentido estrito de igualdade das partes — e para destacar o papel central do direito de defesa dentro de um julgamento (e não qualquer tipo de julgamento) oral, público e contraditório, utilizaremos a ideia de *julgamento imparcial,* como uma tradução mais útil para o processo penal de *fair trial,*[16] e como um conceito mais preciso e circunscrito que o de devido processo ou julgamento justo.

2.6 Alguns esclarecimentos sobre os sistemas penais (infrações penais, imputação de fato e formal, apreensão, prisão, detenção)

Como resultado do processo de reforma, que de fato significou também certa unificação de categorias em muitos dos países da região, hoje é possível um diálogo mais claro e frutífero entre os sistemas penais (ou justiça criminal,

15 *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*, sentença de 24 de setembro de 2009, série C, n. 204, § 85.

16 No dicionário de Tomasi sobre Direito Processual Penal, coincide com a tradução de *fair trial* como julgamento imparcial, com o seguinte respaldo: "Segundo *Black's Law Dictionary*, *fair trial* significa o seguinte: 'A trial by an impartial and disinterested tribunal in accordance with regular procedures; esp., a criminal trial in which the defendant's constitutional and legal rights are respected. — Also termed fair and impartial trial'. Como vemos com este último termo, '*fair and impartial*' a duplicidade não lhe agrega sentido algum, é apenas uma redundância (tendência do inglês jurídico)", ver <http://www.bilinguallawdictionary.com/> (último acesso em setembro de 2013).

usamo-lo como sinônimo), sua jurisprudência e doutrina. No entanto, ficam ainda diferenças (em particular naqueles países como México, Argentina ou Brasil, cujos processos de reforma são mais lentos, devido à sua estrutura federal). Os países, ainda que exista esse processo de normalização e unificação, conservam, até hoje, linguagens e caraterísticas próprias, vinculadas muito mais às tradições e à doutrina vernácula do que às novas legislações processuais. Cada relatório nacional mostrará ainda essas particularidades. Contudo, por se tratar de *interpelar as realidades nacionais* a partir de normas e padrões internacionais, é necessário destacar equivalências e formular esclarecimentos.

Primeiramente, existe o problema da classificação dos delitos. A clássica divisão francesa entre delitos, crimes e contravenções ou faltas vem perdendo terreno. Não obstante, ainda mantém alguma relevância. No que se refere à diferenciação entre crimes e delitos (que a legislação penal paraguaia recentemente estabeleceu), conserva alguma importância para a competência dos tribunais ou para a competência do julgamento pelo júri, por exemplo, mas não cumpre uma função mais relevante no sistema. Nesse sentido, não deve haver nenhuma dúvida de que os padrões internacionais têm aplicação a todo caso, trate-se de um delito ou de um crime, sem que essa distinção tenha influência alguma, ainda que existam diversos procedimentos aplicáveis a alguns delitos, segundo a gravidade, ou continue sendo usada a palavra *crime* para os casos mais graves.

No que se refere às *contravenções ou faltas* algumas diferenciações devem ser feitas. Em alguns países ainda se denomina "contravenção ou falta" infrações menores, mas que podem dar lugar a sanções privativas de liberdade de 30 ou até 60 dias. Nesses casos, deve-se entender que, *muito além da denominação, os padrões internacionais são também aplicáveis.* Ainda que se trate de contínuos nos quais é difícil pôr um limite, é possível afirmar que, quando as contravenções ou faltas não têm prevista uma sanção privativa da liberdade, ou ela é inferior ao limite normalmente estabelecido nas constituições para a simples "prisão administrativa" (ao redor de 48 horas no máximo), não se pode manter a aplicação dos padrões com o mesmo nível de intensidade, *ainda quando é imperativo sustentar que o conceito amplo de devido processo próprio do SIDH obriga que existam níveis de defesa efetiva.* Enquanto fizerem parte do sistema penal, elas se encontram no mesmo nível que os delitos.[17] Excede a finalidade desta pesquisa

17 *Caso Baena Ricardo e outros,* cit., § 106, e *Caso Vélez Loor,* sentença de 23 de novembro de 2010, série C, n. 218, § 132.

determinar qual é esse nível de intensidade ou quais direitos concretos devem alcançar também o sistema contravencional ou de faltas. Esse princípio deve ser mantido também para todo procedimento administrativo como resultado do qual se imponha uma sanção restritiva de direitos básicos ou uma privação de liberdade inferior ao máximo de prisão administrativa permitido.

Diferente é o caso dos diversos procedimentos estabelecidos para impor medidas restritivas de liberdade aos menores de idade. Nesse caso, a Convenção sobre os Direitos da Criança *obriga a uma proteção maior, decorrente da vulnerabilidade do menor de idade*. À vista disso, toda restrição de liberdade (tenha ou não o nome de "pena" ou inclusive de "sanção") implica no respeito a *um nível de garantias superior e, portanto, todos os direitos concretos e os padrões internacionais são aplicáveis, sem importar o nome que o procedimento para crianças, adolescentes ou jovens menores de idade tenha na legislação de cada um dos Estados.* Ainda quando se sustente que o objetivo da medida restritiva não é "castigá-lo", senão "protegê-lo ou tutelá-lo" ante os riscos da vida ou a maneira como se encontra conduzindo sua vida, nesses casos também se aplicam os padrões internacionais sobre direito de defesa.[18]

Na tradição legislativa, jurisprudencial ou doutrinária anterior ao processo de reforma, era usual que não se reconhecessem direitos ao acusado até que não se produzisse um ato formal, que, normalmente, devido às distorções próprias do processo latino-americano anterior, consistia na detenção formal (prisão provisória) ou na intimação formal para interrogatório (intimação para investigação); antes disso, quem estava sendo investigado como suspeito ou não tinha a capacidade formal de designar um defensor ou seus poderes estavam limitados pelo sigilo ou pelas petições que podia fazer. A partir das novas legislações processuais que foram adotadas na segunda metade da década de 1980 e por influência, em grande medida, do Código Modelo para Ibero-América, começa a abandonar-se essa tradição. As novas legislações estabelecem que a condição de acusado é uma *condição de fato,*

18 Corte IDH, OC-17/2002 sobre *Condição jurídica e direitos humanos da criança*. "Embora os direitos processuais e suas correlativas garantias sejam aplicáveis a todas as pessoas, no caso das crianças, o exercício daqueles supõe, pelas condições especiais nas quais elas se encontram, a adoção de algumas medidas específicas com o propósito de que gozem efetivamente de ditos direitos e garantias". *Caso "Instituto de Reeducação do Menor" vs. Paraguai*, sentença de 2 de setembro de 2004, §. 209 (*tradução nossa*). Além disso, "Em todas as etapas do processo se respeitarão garantias processuais básicas, tais como a presunção de inocência, o direito a ser notificado das acusações, o direito a não responder, o direito ao assessoramento, o direito à presença dos pais ou tutores, o direito à confrontação das testemunhas e a interrogar a estas e o direito de apelação diante de uma autoridade superior". *Condição jurídica e direitos humanos da criança,* cit., § 123 (*tradução nossa*).

que surge da denúncia ou de uma investigação dirigida a uma pessoa em particular. No entanto, não está claro ainda se dessa situação fática é que nasce o conjunto de direitos do acusado ou só alguns. Também não se esclareceu ainda se essa *mera suspeita é a que deve ser informada ou se tal obrigação se refere à imputação formal.* A nova legislação processual reconhece as normas da CADH e estabelece um *momento de imputação formal*, seja mediante uma comunicação direta de uma decisão dos procuradores, seja mediante a formulação da acusação perante um juiz em uma audiência específica. Não existem dúvidas acerca da obrigação de comunicar fidedignamente ao acusado essa decisão, comunicação que deve conter informação suficiente sobre suas causas e natureza. A ideia "genérica" de imputação tem, porém, uma função importante de determinar situações fáticas em que se tem *escapado* da imputação formal ou em que se manipula o processo para gerar algum tipo de assédio. É, em qualquer caso, uma ferramenta que o acusado pode usar para *começar a exercer sua defesa e solicitar proteção judicial ante formas fraudulentas de persecução penal.*

Algo similar acontecia com o conceito de *detenção ou prisão.* Uma visão formal considerava que os direitos nasciam a partir de uma figura formal de detenção (decretada pelo juiz ou o procurador ou ratificada por eles). Embora essa conceituação já tenha sido modificada, ainda se pretende gerar essa distinção mediante o uso da palavra *apreensão*, para se referir ao fato material da privação imediata da liberdade de locomoção, e *detenção*, quando essa privação se formaliza em ata ou em uma comunicação ao procurador ou juiz. Essa diferenciação não é admissível, já que claramente a CADH procura abranger a situação fática da privação direta e imediata da liberdade ambulatória (e por isso usa as palavras *prisão* ou *detenção* para abranger todas as situações); e, a partir disso, nasce uma situação especial de custódia estatal e risco de abuso, que reivindica a comunicação dos direitos que permitem proteger a pessoa — especificamente *a partir dessa situação fática.*

3. Parâmetros internacionais[19]

As normas internacionais que preveem direitos de defesa para o acusado constituem um corpo normativo extenso, claro e preciso, similar ao que conforma a base das outras convenções de direitos humanos. Pode-se dizer que existe, no plano normativo, uma *base uniforme de reconhecimento de direitos, que constitui o primeiro escalão dos direitos de defesa do acusado.*[20] Nesse sentido, o conjunto de 20 direitos que selecionamos como

19 Para o desenvolvimento dos parâmetros internacionais, nos atemos aos usos verbais que já se utilizaram nas pesquisas precedentes a esta, como Cape e outros., 2012; e Cape e outros, 2010; o anterior se deve à necessidade de utilizar, finalmente, a informação como um todo a mais homogênea possível e facilitar o trabalho comparativo. No entanto, existem outras razões de importância. No momento da formulação da CADH em sua versão em espanhol, fundamentalmente, a região latino-americana se encontrava longe dos modelos judiciais de tipo anglo-saxão. A influência espanhola direta ou a adoção do modelo francês (diretamente ou por meio das versões italianas desse mesmo modelo) era dominante. Certas fórmulas da versão espanhola da CADH, ou certas interpretações dela, davam-se nesse contexto. Desde meados dos anos oitenta, como já explicamos, essa situação tem mudado substancialmente. Os sistemas de justiça criminal da região já estão próximos ao modelo anglo-saxão (sistema acusatório ou adversarial) com as variantes próprias da região, da história de cada país ou do particular desenho que se tem feito em cada uma das realidades. Contudo, essas particularidades não são tão relevantes para alterar o modelo básico. Isso torna conveniente e necessária a realização de uma leitura das garantias judiciais da CADH *a partir da nova realidade dos sistemas acusatórios da América Latina.*

20 Os numerais 2 a 5 do art. 8 da Convenção Americana estabelecem o seguinte:

"2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;
b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;
d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e
h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.
4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.
5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

Por outro lado, o art. 7º destaca: *Direito à liberdade pessoal.*

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoal.
2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.

parte central de uma defesa criminal efetiva tem a seguinte base normativa direta, sem prejuízo do reconhecimento em declarações e pactos de caráter universal:[21]

3. Ninguém pode ser submetido à detenção ou encarceramento arbitrários.
4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da detenção e notificada, sem demora, da acusação ou das acusações formuladas contra ela.
5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em julgamento.
6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-partes cujas leis preveem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.
7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Esse princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar."

Esses artigos têm semelhança com os estabelecidos no CEDH. A própria CIDH o tem afirmado. Em particular "o artigo 8º, §1º da Convenção [...] Americana é equivalente, no essencial, ao 6º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e as Liberdades Fundamentais" (*Caso Genie Lacayo vs. Nicarágua*, sentença de 29 de janeiro de 1997) (*tradução nossa*). A partir disso que não só o trabalho de comparação dos padrões seja pertinente, mas também que a própria Corte tome a jurisprudência da CtEDH como guia, devido ao maior nível de desenvolvimento da jurisprudência europeia. Não obstante o anterior, não devemos esquecer os condicionantes do contexto, que por tal razão se expõem na introdução.

21 Para dar especificidade ao trabalho, preocupamo-nos com a referência direta à CADH. Mas os direitos de defesa também têm sua base em: Declaração Universal dos Direitos Humanos (Declaração Universal), que a Assembleia Geral da ONU adotou em 1948; Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Declaração Americana), aprovada na Nona Conferência Internacional Americana e 1948; Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), adotado em 1966 pela Assembleia Geral das Nações Unidas e em vigor desde 1976; Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou degradantes, adotada por consenso pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1984 e em vigor desde 1987; Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1989 e em vigor desde 1990; Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1979 e em vigor desde 1981; Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1965 e em vigor desde 1969; Conjunto de Princípios para a Proteção de todas as Pessoas Sujeitas a qualquer Forma de Detenção ou Prisão (Conjunto de Princípios), adotado por consenso pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1988; Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos (Regras Mínimas), adotadas em 1955 pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social da ONU; Princípios Básicos Relativos à Função dos Advogados, adotados por consenso pelo Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes em 1990 e celebrados pela Assembleia Geral das Nações Unidas; Diretrizes sobre a Função do Procurador, adotadas por consenso no Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes em 1990 e celebrados pela Assembleia Geral das Nações Unidas; Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, adotada pela Assembleia Geral da OEA em 1985 e em vigor desde fevereiro de 1987; Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Regras de Pequim); Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas da Liberdade (Regras de Tóquio).

1. Direito a ser informado da natureza e as razões da prisão e os direitos que emanam dessa situação. CADH, art. 7º, §4º.
2. Direito a ser informado acerca da natureza e razões da imputação ou acusação. CADH, art. 8º, §2º, inc. b.
3. Direito a obter informação dos direitos relativos à sua defesa que estão garantidos. CADH, art. 8º, §2º, inc. c.
4. Direito a obter acesso à prova material do caso e ao inquérito policial (dossiê, processo, sumário de instrução, arquivo etc.). CADH, art. 8º, §2º, inc. f. CADH, art. 7º, §4º.
5. Direito do acusado a defender-se e representar-se pessoalmente. CADH, art. 8º, §2º, inc. d.
6. Direito a contar com assistência e representação legal (técnica) de sua confiança e livre escolha. CADH, art. 8º, §2, inc. d.
7. Direito a contar com assistência legal durante o interrogatório. CADH, art. 8º, §2º, inc. d.
8. Direito a conversar reservadamente com o advogado defensor. CADH, art. 8º, §2º, inc. d.
9. Direito a escolher e contar gratuitamente com os serviços de um advogado, para as pessoas que não possam pagá-lo. CADH, art. 8º, §2º, inc. e.
10. Direito a que os advogados atuem conforme padrões profissionais mínimos e sejam orientados exclusivamente pelo interesse de seu defendido e a que sejam independentes. CADH, art. 8º, §2º, inc. d.
11. Direito à presunção de inocência. CADH, art. 8º, §2º, primeiro parágrafo.
12. Direito a permanecer em silêncio ou a não depor contra si mesmo. CADH, art. 8°, §2º, inc. g; CADH, art. 8°, §3º.
13. Direito a permanecer em liberdade durante o processo, enquanto o julgamento se encontrar pendente. CADH, art. 7°, §§2º, 3º e 5º.
14. Direito a estar presente no julgamento e participar dele. CADH, art. 8°, §2º, inc. d.
15. Direito a que as decisões que o afetem sejam motivadas em fundamentos razoáveis. CADH, art. 8°, §1º.

16. Direito a uma revisão integral da sentença condenatória. CADH, art. 8°, §2º, inc. h.
17. Direito a investigar o caso e propor provas. CADH, art. 2°, inc. f.
18. Direito a contar com suficiente tempo e possibilidades para preparar a defesa. CADH, art. 2°, inc. c.
19. Paridade de armas na produção e controle da prova e no desenvolvimento das audiências públicas e contraditórias. CADH, art. 2º, §1º.
20. Direito a contar com um intérprete de sua confiança e à tradução dos documentos e provas. CADH, art. 2°, inc. a.

3.1 Direito a contar com informação[22]

O conjunto de direitos vinculados com o acesso à informação tem um papel crucial na geração de um status de proteção para toda pessoa submetida ao processo criminal. Da mesma maneira como acontece no caso europeu, a CADH não estabelece de um modo expresso o direito a contar, quanto antes, com toda a informação acerca das consequências de estar submetido a um processo, assim como a informação sobre os direitos que tem o acusado e as assistências que pode solicitar para exercê-los. Sem dúvida, da leitura dos artigos 7º e 8º da CADH fica claro que existe o direito a contar com essa informação, mas é necessário ter uma interpretação holística desses artigos. Assim o menciona a Corte IDH ao sinalizar com bastante precisão:

> "[P]ara satisfazer o artigo 8º, §2º, inc. b convencional o Estado deve informar o interessado não somente da causa da acusação, isto é, as ações ou omissões que lhe são imputadas, mas também as razões que levam o Estado a formular a imputação, os fundamentos probatórios desta e a caraterização legal que se dá a esses fatos. Toda essa informação deve ser expressa, clara, integral e suficientemente detalhada para permitir ao acusado que exerça plenamente

22 Nesse sentido estrito, só constituem precedentes da Corte IDH as sentenças que são resultado da atividade contenciosa. A atividade "consultiva" não teria o mesmo valor de obrigatoriedade, muito embora isso seja ainda um tema discutido na doutrina. De fato, a própria Corte IDH reconheceu o diferente valor vinculante (Opinião Consultiva OC-1/1982, sobre *"Outros tratados" objeto da função consultiva da Corte,* de 24 de setembro de 1982, série A, n. 1: "As opiniões consultivas da Corte, como as dos outros tribunais internacionais, não têm o mesmo efeito vinculante que se reconhece para suas sentenças em matéria contenciosa no art. 68 da Convenção", § 51) (*tradução nossa*). Não obstante, por exemplo, a Suprema Corte de Justiça da Costa Rica reconheceu, pelo menos em uma sentença, esse valor vinculante (Ação de Inconstitucionalidade n. 412-S-90, de 13 de novembro de 1985, Sala IV, a propósito da Opinião Consultiva OC-5/1985 sobre *A afiliação obrigatória de jornalistas).* Para os efeitos desta pesquisa, utilizaremos tanto as *sentenças como as opiniões consultivas,* devido a que, para fixar o conteúdo e os alcances dos padrões de defesa, têm um valor semelhante.

seu direito à defesa e mostre ao juiz sua versão dos fatos" (tradução nossa).

E esta obrigação convencional "rege inclusive antes que se formule uma 'acusação' no sentido estrito, devido a que, para que o mencionado artigo satisfaça os fins que lhe são inerentes, é necessário que a notificação ocorra previamente a que o acusado preste seu primeiro depoimento perante qualquer autoridade pública" (*tradução nossa*).[23]

Por outro lado, da mesma concepção que mostrou a CIDH, o caráter central reconhecido pela doutrina e pela própria Corte,[24] cabe sustentar que a participação de uma pessoa no processo penal (e se deve entender que isso vale em particular para o acusado) nunca pode gerar uma situação arbitrária, que dependa das circunstâncias e aumente a situação de vulnerabilidade. Nas palavras da própria Corte, existe "o dever dos Estados partes de organizar todo o aparelho governamental e, em geral, todas as estruturas pelas quais se manifesta o exercício do poder público, de forma tal que sejam capazes de garantir juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos"; essa obrigação de garantia "não se esgota com a existência de uma ordem normativa dirigida a fazer possível o cumprimento dessa obrigação, mas sim implica a necessidade de uma conduta governamental que garanta a existência na realidade de uma eficaz garantia do livre e pleno exercício dos direitos humanos" (*tradução nossa*).[25]

Outrossim, a Corte tem entendido que os juízes devem dar especial atenção aos intervenientes no processo já que "o Estado, para garantir um devido processo, deve facilitar todos os meios necessários para proteger os operadores de justiça, investigadores, testemunhas e familiares das vítimas de perseguições e ameaças que tenham como finalidade obstruir o processo e evitar o esclarecimento dos fatos".[26] Nesse campo, "todo juiz tem a obrigação de garantir que os processos se realizem com o devido respeito de (as) garantias judiciais que sejam necessárias para garantir um julgamento justo" (*tradução nossa*).[27] Em síntese, a Corte IDH tem tido uma preocupação

23 *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela,* sentença de 17 de novembro de 2009, série C, n. 206, §30; *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, sentença de 22 de novembro de 2005, série C, n. 135, § 225, e *Caso Acosta Calderón vs. Equador,* sentença de 24 de junho de 2005, série C, n. 129, § 118.

24 Ver Medina, 2003.

25 *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentença de 29 de julho de 1988, série C, n. 4, § 166-167; *Caso Gelman vs. Uruguai*, sentença de 24 de fevereiro de 2011, Mérito e Reparações, série C, N. 221, § 189.

26 *Caso Myrna Mack Chang*, sentença de 25 de novembro de 2003, série C, n. 101 cit., § 199. No mesmo sentido, *Caso da Comunidade Moiwana*, sentença de 15 de junho de 2005, série C, n. 124, § 159, e *Caso Carpio Nicolle e outros*, sentença de 22 de novembro de 2004, série C, n. 117, §134.

27 *Caso Dacosta Cadogan*, cit., § 84.

especial em *custodiar o lugar de exercício de direitos dentro do processo, em particular, o processo criminal.* Daí, então, que *contar em todo momento com a informação necessária para o exercício dos direitos constitui um elemento central do devido processo ou julgamento imparcial já que só dessa maneira uma defesa é adequada.*[28] Esse direito geral a estar suficientemente informado, como condição para o exercício do direito de defesa, desdobra-se em outros direitos muito mais concretos, que também têm reconhecimento normativo e desenvolvimento jurisprudencial.

3.1.1 Direito a ser informado sobre a natureza e causas da prisão ou detenção e os direitos que decorrem dessa situação

O direito a ser informada é um direito, segundo o artigo 7.4 da CADH, de toda pessoa *detida ou retida.* Já explicamos as tradições ante as quais é necessário construir um padrão. A CADH é clara no sentido de procurar *captar todas as situações possíveis de privação da liberdade, em particular pelos órgãos policiais, que são os que realizam essa privação direta e imediata.* O uso de fórmulas, tais como detenção, prisão, apreensão, captura etc. é indiferente, e não se podem fundar diferenças sobre distinções formais ou semânticas. Primeiramente, toda pessoa deve ser informada das *razões de sua detenção*. Isso é derivação direta do mesmo artigo da CADH, que em seu inciso 3º estabelece que ninguém pode ser submetido a uma *detenção arbitrária*. Se arbitrário não é só o que corresponde a um capricho da autoridade, mas também todo ato de autoridade cujo fundamento nos é desconhecido, é pertinente concluir que toda detenção em que não se informe ao detido os motivos, constitui *um caso de detenção arbitrária.*

Em contrapartida, dado que uma das garantias judiciais essenciais (mínimas) constitui o direito a contar com um intérprete (CADH, art. 8º, 1) e a razão dessa garantia consiste na preocupação de que *toda comunicação ao acusado seja efetiva,* pode-se concluir que a comunicação sobre as razões da detenção, prisão ou simples apreensão deve ser feita de tal maneira que a *compreensão por parte do acusado deve estar garantida.* Em particular, porque se trata de uma situação de vulnerabilidade provocada pela mesma privação de liberdade. Não se satisfaz a comunicação com fórmulas meramente genéricas, transcrições de artigos nos autos de prisão ou qualquer formalidade que não esteja ao serviço de uma comunicação certa, precisa e eficaz. A informação mínima deve consistir na identificação da

28 Ibidem.

autoridade que decide a detenção, o motivo (cometimento de um ato ilícito em forma flagrante, suspeita do cometimento de um ato, deslocamento ao tribunal, realização de alguma diligência de investigação etc.) e o local onde permanecerá detido ou preso. O conjunto dessas informações deve ser transmitido para que seja cumprido o mandato da CADH.

Do mesmo modo, a razão de ser dessas comunicações imediatas consiste em preservar o conjunto de direitos de defesa que faz parte imprescindível do conceito de julgamento imparcial. Por essa razão, também se deve informar que, a partir do momento da detenção, a pessoa tem o direito de começar a efetivar sua defesa, pessoalmente ou por advogado que nomeie ou que lhe seja designado. Também não é o caso de cumprimento meramente formal desta comunicação; trata-se, sobretudo, de pôr em um status de proteção a quem, precisamente, pela detenção, encontra-se em uma situação de vulnerabilidade a qual, pela experiência histórica, tem dado lugar a abusos e afetações que tocam a vida em si. O cumprimento dessas obrigações é próprio da autoridade, e não está sujeito ao requerimento do próprio interessado. Trata-se de uma *garantia mínima,* ou seja, um mecanismo de proteção para a *efetividade dos outros direitos de defesa.* Por conseguinte, o que deve estar "garantido" é que, em todo caso e situação, essa informação chegue a conhecimento do acusado, sem importar a natureza do caso ou as circunstâncias particulares e, ainda menos, possa ficar subordinada a um requerimento do próprio detido, já que assim não cumpriria sua função de garantia.

A Corte IDH indica que não se pode "impedir que a pessoa exerça seu direito de defesa desde o início da investigação contra si, e que a autoridade disponha ou execute atos que impliquem afetação de direitos, o que é potenciar os poderes investigativos do Estado em detrimento de direitos fundamentais da pessoa investigada" (tradução nossa). Tal como indicamos, a Corte IDH também esclarece que o direito de defesa deve poder ser exercido desde o momento que uma pessoa é indiciada como autor ou partícipe de um delito.[29] O momento da detenção é, sem dúvida, um daqueles em que já se assinala uma pessoa como autora ou partícipe, ou seja, a converte em acusada. Adicionalmente, tal como veremos na próxima seção,

29 *Caso Cabrera García e Montiel Flores,* sentença de 26 de novembro de 2010, série C, n. 220, § 154. Cfr. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, par. 29; *Caso Suárez Rosero vs. Equador,* sentença de 12 de novembro de 1997, Mérito, série C, n. 35, § 71; *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá,* sentença de 12 de agosto de 2008, *Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custos*, série C, N. 186, § 148, e *Caso Bayarri vs. Argentina,* sentença de 30 de outubro de 2008, série C, n. 187, § 105.

a Corte IDH reiterou o objetivo de fornecer essa informação, em todo caso, "antes de prestar seu primeiro depoimento perante autoridade pública" (*tradução nossa*).[30]

A própria CADH estabelece (art. 7º, §6º) que "toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais" (*tradução nossa*). A preocupação com a amplitude do *habeas corpus* por parte da Corte IDH é evidente e se fundamenta na história de nossa região, onde o momento da detenção significa, em muitos casos, o desaparecimento dessa pessoa e onde essa solução (*habeas corpus*) não cumpre uma função excepcional, mas sim é usada frequentemente dentro das soluções ordinárias que todo acusado tem para provocar um *controle de legalidade (e razoabilidade) imediato sobre sua detenção ou qualquer outra forma de privação da liberdade.* Por isso, a Corte IDH também o considera como parte das garantias judiciais. Efetivamente, "representa, dentro das garantias judiciais indispensáveis, o meio idôneo tanto para garantir a liberdade, controlar o respeito à vida e integridade da pessoa, e impedir seu desaparecimento ou a indeterminação de seu local de detenção, quanto para proteger o indivíduo contra a tortura ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes" (*tradução nossa*). [31]

Esta é a interpretação que adquire mais clareza no caso *Tibi,*[32] no qual a Corte IDH desenvolveu com maior amplitude os temas dos direitos de defesa. Em 27 de setembro de 1995, às 16h30, o senhor Daniel Tibi, cidadão francês, foi detido na cidade de Quito. A detenção foi realizada por agentes da Interpol, sem ordem judicial e com só uma prova que consistia na declaração de um coacusado. O senhor Tibi não estava cometendo nenhum delito no momento de sua detenção.

30 *Caso Barreto Leiva,* cit., par. 30; *Caso Palamara Iribarne,* cit., § 225, e *Caso Acosta Calderón*, cit., § 118.

31 *Caso das Irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador,* sentença de 1º de março de 2005, série C, n. 120, § 79; *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras,* sentença de 7 de junho de 2003, série C, n. 99, § 122; *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala,* sentença de 25 de novembro de 2000, série C, n. 70, § 192; *Caso Cantoral Benavides vs. Peru,* sentença de 18 de agosto de 2000, série C, n. 69, § 165, e *Caso Durand e Ugarte vs. Peru*, sentença de 16 de agosto de 2000, série C, n. 68, § 103. No mesmo sentido, *Caso Cesti Hurtado vs. Peru*, sentença de 29 de setembro de 1999, série C, n. 56, § 121; *Caso Castillo Petruzzi e outros,* sentença de 30 de maio de 1999, série C, n. 52, § 187; *Caso da "Panel Blanca" (Paniagua Morales e outros) vs. Guatemala,* sentença de 8 de março de 1998, série C, n. 37, § 164; *Caso Blake vs. Guatemala*, sentença de 24 de janeiro de 1998, série C, n. 36, § 102; *Caso Suárez Rosero,* cit., § 63 e 65; *Caso Neira Alegría e outros vs. Peru*, sentença de 19 de janeiro de 1995, série C, n. 20, § 82 Humanos), § 35, e *Caso Chitay Nech e outros,* sentença de 25 de maio de 2010, série C, n. 212, § 203.

32 *Tibi vs. Equador,* sentença de 7 de setembro de 2004, série C, n.114, § 180.

No momento da prisão, os policiais não lhe comunicaram a acusação contra ele, só lhe informaram que se tratava de um "controle migratório". Também não lhe foi permitido comunicar-se com sua companheira nem com o consulado de seu país. O senhor Tibi permaneceu em situação de prisão preventiva, de forma ininterrompida, durante 28 meses. No tocante ao tema da comunicação, a Corte IDH assinala que:

1. O artigo 7.4 da Convenção contempla um mecanismo para evitar condutas ilegais ou arbitrárias desde o ato da privação de liberdade e garante a defesa do detido;

2. Tanto ele, quanto quem exerce sua representação ou custódia legal, têm direito a serem informados dos motivos e razões da detenção e acerca dos direitos que o detido tem;

3. O décimo Princípio para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão das Nações Unidas declara que toda pessoa capturada será informada no momento de sua prisão da razão pela qual está sendo presa e notificada, sem demora, da acusação formulada contra ela;

4. Por sua vez, o detido, no momento de ser privado de sua liberdade e antes que preste seu primeiro depoimento perante autoridade, deve ser notificado de seu direito a estabelecer contato com uma terceira pessoa, por exemplo, um familiar, um advogado ou um funcionário consular, conforme o caso, para informar-lhe que está sob custódia do Estado. A notificação a um familiar ou a uma pessoa próxima tem particular relevância, a efeitos de que este conheça o paradeiro e as circunstâncias em que se encontra o acusado e possa prover-lhe a assistência e proteção devidas. No caso da notificação a um advogado, tem especial importância a possibilidade de que o detido se reúna com ele de forma reservada, o que é inerente a seu direito a beneficiar-se de uma verdadeira defesa;

5. No caso da notificação consular, a Corte assinalou que o cônsul "poderá assistir o detido em diversos atos de defesa, como a outorga ou contratação de um advogado, a obtenção de provas no país de origem, a verificação das condições nas quais se exerce a assistência legal e a observação da situação em que se encontra o processado enquanto se encontrar detido" (*tradução nossa*).

Todos esses precedentes da Corte IDH nos mostram que a detenção como situação fática é um momento especial de tensão para a proteção dos direitos fundamentais e que, por esse motivo, se construiu um conjunto de direitos que deve ser analisado de modo harmônico, cuja finalidade principal é cercar o momento de prisão de um conjunto de alertas e proteções (garantias); dentre elas, dar a informação indispensável, certa e clara sobre tudo o que é *controlável em uma detenção (razão, motivos, autoridade, permanência)* cumpre uma função central para que o acusado possa, na medida de suas limitadas possibilidades, estar atento ao controle de sua detenção e aos direitos que pode começar a exercer.[33]

3.1.2 Direito a ser informado sobre o tipo e as causas da imputação ou acusação (denúncia)

Tal como já analisamos, na atual realidade do processo penal latino-americano vem sendo consolidada, aos poucos, a prática de que deve existir um *início formal* do processo, cuja função primordial consiste em *advertir com suficiente antecedência o acusado acerca da existência dessa atividade formal do Estado, de tal maneira que possa preparar sua defesa.* Nas palavras da Corte IDH:

> Para satisfazer o artigo 8º.2.b convencional, o Estado deve informar o interessado não somente da causa da acusação, isto é, das ações ou omissões que lhe são imputadas, mas também das razões que levam o Estado a formular a imputação, os fundamentos probatórios desta e a caraterização legal que se dá a esses fatos. Toda essa informação deve ser expressa, clara, integral e suficientemente detalhada para permitir ao acusado que exerça plenamente seu direito de defesa e mostre ao juiz sua versão dos fatos; e essa obrigação convencional "vigora inclusive antes que se formule uma 'acusação' em sentido estrito [já que para] que o mencionado artigo satisfaça os fins que lhe são inerentes, é necessário que a notificação aconteça previamente a que o acusado preste seu primeiro depoimento perante qualquer autoridade pública" (*tradução nossa*).[34]

33 Os PBFA (segundo sua sigla em espanhol) indicam o mesmo com maior precisão. "Art. 7º. Os Governos garantirão, além disso, que todas as pessoas presas, ou detidas, com uma acusação penal ou não, tenham acesso a um advogado imediatamente e em qualquer caso dentro das 48 horas seguintes à prisão ou detenção. Art. 8º. A toda pessoa presa ou detida, se darão oportunidades, tempo e instalações adequadas para receber visitas de um advogado, entrevistar-se com ele e consultá-lo, sem demora, interferência nem censura e em forma plenamente confidencial. Essas consultas poderão ser vigiadas visualmente por um funcionário encarregado de fazer cumprir a lei, mas não se escutará a conversação." (*tradução nossa*).

34 *Caso Barreto Leiva,* cit., §§28-30; *Caso López Álvarez vs. Honduras*, sentença de 1º de fevereiro de 2006, série C, n. 141, § 149, e *Caso Palamara Iribarne*, cit., § 225; *Caso Acosta Calderón*, cit., § 118.

Em sentido estrito, o início do processo ainda não constitui uma *acusação, mas da interpretação harmônica dos diferentes artigos que já analisamos sobre a informação que se deve fornecer no momento da detenção, prisão ou apreensão e o art. 8, 2 b da CADH, surge com clareza que a comunicação detalhada e prévia, não só se refere à acusação em sentido estrito, mas também à denúncia ou ato equivalente de início formal dos trabalhos preparatórios dos acusadores.*[35]

No mesmo caso Tibi, comentado no ponto anterior, a Corte IDH destacou, ainda que talvez de uma forma indireta, que se deve considerar como início do processo (para os efeitos de computar o prazo razoável) o momento em que o acusado é detido ou preso;[36] ou "Quando não é aplicável essa medida, mas se encontra em curso um processo penal, o dito prazo deve contar-se a partir do momento em que a autoridade judiciária toma conhecimento do caso".[37] Da mesma forma, a Corte IDH toma como fonte o Comentário Geral n. 13 sobre a "Igualdade perante os tribunais e o direito a que sua causa seja ouvida equitativa e publicamente por um tribunal independente estabelecido pela lei (art. 14)" (*traduções nossas*), em que o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas disse que: " O direito a ser informado "sem demora" da acusação exige que a informação se entregue em forma escrita assim que a autoridade competente formular a acusação. Na opinião do Comitê, esse direito deve surgir quando, no curso de uma investigação, um tribunal ou uma autoridade do Ministério Público decida adotar medidas processuais contra uma pessoa suspeita de ter cometido um delito ou a designe publicamente como tal. As exigências concretas da seção "a" do parágrafo 3º, podem se satisfazer formulando a acusação, verbalmente ou por escrito, sempre que na informação forem indicados tanto a lei como os supostos fatos em que se baseia" (*tradução nossa*).

Em suma, o direito consiste tanto em ser informado (comunicação prévia) da primeira formulação de acusação, seja ela feita por um ato formal dos acusadores (imputação formal), seja sendo levada a imputação ao conhecimento de uma

35 Em um sentido mais estrito, o Tribunal Constitucional do Peru sustentou que "durante o processo" mencionado no artigo 8º deve se entender que se projeta, no caso de processos penais, também sua etapa pré-jurisdicional, ou seja, aquela cuja direção corresponde ao Ministério Público (art. 159, inc. 4º, Constituição). Consequentemente, diante da formulação de uma denúncia, deve mediar um tempo razoável entre a notificação da citação e a concordância da pessoa citada, tempo que permita preparar adequadamente a defesa ante as imputações contrárias, considerando-se, além disso, a expressão da distância quando as circunstâncias assim o exigirem. Sentença 1268-2001-HC/TC.

36 *Caso Suárez Rosero,* cit., §70.

37 *Caso Tibi,* § 168.

autoridade judiciária (audiência de formulação de acusação); não importa que esses atos ainda sejam provisórios nem que não constituam uma acusação em sentido estrito. Quando existir essa acusação, ou quando ela for realizada de um modo imediato, seja concorrendo com a formulação da acusação, seja em substituição a ela (procedimentos diretos, julgamentos imediatos etc.), também deve ser comunicada de um modo prévio, preciso, integral e com suficiente antecedência a fim de que se possa realizar uma adequada e efetiva defesa.

> Com muito mais razão, quando a Corte IDH deu à acusação um caráter central e intangível na determinação dos fatos (princípios de congruência), de tal forma que eles já não podem ser modificados em prejuízo do acusado durante o desenvolvimento do julgamento. Tal é a doutrina que surge do caso Corte IDH, *Fermín Ramírez vs. Guatemala* (sentença de 20 de junho de 2005, série C, N.126), no qual indica: "O acusado tem o direito a conhecer, por meio de uma descrição clara, detalhada e precisa, os fatos que lhe são imputados. A qualificação jurídica destes pode ser modificada durante o processo pelo órgão acusador ou pelo julgador, sem que isso atente contra o direito de defesa, quando se mantiverem sem variação os fatos e se observarem as garantias processuais previstas na lei para realizar a nova qualificação. O chamado 'princípio de coerência ou da correlação entre a acusação e a sentença' implica que a sentença pode ser unicamente sobre fatos ou circunstâncias contempladas na acusação" (*tradução nossa*).

3.1.3 Direito a obter informação sobre os direitos relativos à sua defesa que lhe são garantidos

A informação que se deve dar sobre os motivos da detenção ou prisão, assim como a comunicação prévia e antecipada sobre a imputação ou sobre a acusação formulada, não implica somente a comunicação dessas circunstâncias, mas também que devem estar acompanhadas, em todo caso, da informação clara e precisa dos meios de defesa com que conta o acusado para *enfrentar essas circunstâncias.* Esse conjunto de direitos que lhe é garantido forma a estrutura central do artigo 8º, inciso 2º, da CADH, e deverá ser informado em sua totalidade, com especial ênfase naqueles que são indispensáveis para o exercício imediato desses direitos. Por exemplo, em caso da detenção ou prisão, o direito ao controle judicial imediato; no caso da comunicação das imputações, o direito a contar com uma assessoria legal antes de qualquer depoimento. Quando se tratar da comunicação detalhada da acusação, é necessário que o acusado seja informado do *conjunto de direitos que torna efetiva sua defesa.*

No Caso Tibi se indica com toda clareza que uma das razões para informar sobre os motivos da prisão e a formulação de acusação é "garantir a defesa do detido". O fato de que o artigo 7º, inciso 4, seja intitulado "Direito à liberdade pessoal" não indica que nesses direitos não se encontre uma indicação clara da defesa efetiva. Portanto, é dedutível claramente que a informação que seja fornecida, não é só aquela que permite uma proteção imediata da liberdade (controle judiciário imediato), mas também a que permite exercer o direito de defesa em conjunto. Por isso, tanto o acusado como seus familiares ou pessoas próximas devem ser informados "acerca dos direitos que o detido tem".[38] Dentro dessa mesma lógica se encontra, com maior razão, a comunicação com um advogado e com um representante consular cuja missão é assistir o detido na realização dos atos de defesa.[39] Ademais, tal como vimos, todos esses direitos devem se cumprir, com maior rigor, quando se tratar de crianças ou adolescentes.[40]

Essa informação deve ser "expressa, clara, integral e suficientemente detalhada para permitir ao acusado exercer plenamente seu direito à defesa e mostrar ao juiz sua versão dos fatos" (*tradução nossa*).[41] Não basta com que o acusado infira que tem tais ou quais direitos. É obrigação dos funcionários dar essa informação; clara, não só no sentido de que seja transmitida em outro idioma, mas também que se deve evitar toda formalidade ou jargão judicial ou policial, e integral já que, como vimos, se trata da *efetividade da defesa como um conjunto. De qualquer maneira, também temos enfatizado que cada circunstância precisa tem alguns desses direitos a respeito dos quais o dever de informar é ainda maior já que se refere à situação de proteção imediata.*

38 *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru,* sentença de 8 de julho de 2004, série C, n. 110, § 85 e 92; *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*, sentença de 27 de novembro de 2003, série C, n. 103, § 72; e *Caso Bulacio,* sentença de 18 de setembro de 2003, série C, n. 100, § 128.

39 No caso do detido estrangeiro é obrigação, segundo a Corte IDH, cumprir com o compromisso de que o Estado receptor informe a repartição consular competente de sua situação e que o Estado receptor transmita sem demora "qualquer comunicação dirigida ao escritório consular" pelo detido. Cf. *Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas,* art. 36.1.b. Documento A/CONF.25/12 (1963) de 24 de abril de 1963, em vigor a partir de 19 de março de 1967. Outrossim, *Caso Vélez Loor,* sentença de 23 de novembro de 2010, série C, n. 218, § 153, e em geral a Opinião Consultiva OC-16/1999, de 1º de outubro de 1999, sobre *O direito à informação sobre a assistência consular,* série A, n. 16.

40 OC 17/2002, de 28 de agosto de 2002, sobre *Condição jurídica e direitos humanos da criança.*

41 *Caso López Álvarez vs. Honduras*, sentença de 1º de fevereiro de 2006, série C, n. 141, § 149, e *Caso Palamara Iribarne*, cit., § 225.

3.1.4 Direito a ter acesso ao material probatório e ao inquérito policial (dossiê, processo, arquivo, sumário de instrução etc.)

No contexto latino-americano, o acesso às atuações judiciais (o processo, na linguagem usual dos tribunais) sempre foi problemático. Das antigas legislações que buscavam surpreender o acusado para que confessasse da forma mais rápida e contundente possível, ficaram práticas arraigadas, ainda que a nova legislação processual, muitas das constituições nacionais e a própria CADH tenham uma orientação diametralmente oposta a esse segredo. Ainda nos novos sistemas acusatórios, nos quais o velho processo vai sendo mudado paulatinamente, há numerosas ocasiões em que o novo expediente judicial é convertido no "dossiê da promotoria", acentuando os obstáculos para o acesso à informação.

Em um primeiro momento, a Corte IDH enfrentou casos em que as proibições de acesso à informação por parte dos acusados eram enormes e as consequências penais, próprias de jurisdições especiais (em particular tribunais especiais para o terrorismo) de grande magnitude. Por exemplo, no Caso *Castillo Petruzzi e outros contra o Peru*[42], considerou-se que:

> "A restrição ao trabalho dos advogados defensores e a escassa possibilidade de apresentação de provas de defesa ficaram demostradas nesse caso. Efetivamente, os acusados não tiveram conhecimento oportuno e completo das imputações penais que lhes faziam; as condições em que atuaram os defensores foram absolutamente inadequadas para seu eficaz desempenho e só tiveram acesso ao processo no dia anterior à emissão da sentença de primeira instância. Em consequência, a presença e atuação dos defensores foram meramente formais. Não pode se sustentar que as vítimas contaram com uma defesa adequada" (*tradução nossa*).

Se isso é aplicável aos defensores, também o é, com maior razão, ao acusado que exerce sua própria defesa. Existe esse direito, independentemente de que se tenha um defensor. Não seria admissível que se negasse o acesso ao imputado às informações com o argumento de que já existe um defensor técnico designado. Do mesmo modo que no *Caso Palamara Iribarne*, já citado, a Corte IDH não considerou admissível a estrutura do processo na justiça militar que estabelecia regras de segredo.

Posteriormente, a Corte IDH, em algumas sentenças específicas, começou a sinalizar outras derivações do direito de acesso à informação reunida nos inquéritos. Por exemplo, considerou-se que não comunicar fidedignamente a

42 Sentença de 30 de maio de 1999, série C, n. 52.

incorporação de prova pericial no processo, assim como não informar com a devida antecipação a realização de diligência de prova, constituem violações à Convenção.[43] Também, a Corte sustenta que "a negativa de expedir cópias do processo da investigação às vítimas [resulta] incompatível com o direito à sua participação na investigação prévia" *(tradução nossa)*.[44] Esses casos demostram que a tendência da Corte IDH avança no sentido de ir limitando as possibilidades do segredo. Ainda não existe uma sentença que analise a fundo as limitações para o acesso a certas atuações durante a investigação e, inclusive, a Corte[45] reconheceu que podem existir algumas limitações.

> "[E]stá fora de questão que o Estado tem o direito e o dever de garantir sua própria segurança. Também não se pode discutir que toda a sociedade padece pelas infrações à sua ordem jurídica. Mas, por mais graves que possam ser algumas ações e por culpáveis que possam resultar os réus de determinados delitos, não cabe admitir que o poder possa se exercer sem algum limite ou que o Estado possa valer-se de qualquer procedimento para alcançar seus objetivos, sem sujeição ao direito ou à moral" (*tradução nossa)*.

Isso nos indica que as limitações que existam para o acesso à informação que os acusadores vão reunindo só podem fundar-se em razões gerais de estrita necessidade e nunca em meras práticas processuais simplesmente admitidas como rotineiras.[46]

3.2 Direito a se defender e a contar com assistência legal

3.2.1 Direito do acusado a defender-se e representar-se pessoalmente

Há, de modo geral, uma confusão no sentido de que o direito de defesa implica, em todo caso, contar com um advogado; realmente, contar com o assessoramento de um profissional jurídico constitui um dos direitos centrais do direito de defesa, mas isso é uma *emanação do direito de defesa pessoal, como direito pessoal, cuja manifestação*

43 *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íniguez,* sentença de 21 de novembro de 2007, série C, n. 170l, §§ 152-153.

44 *Caso Radilla Pacheco,* cit., § 256.

45 *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*.

46 Da mesma maneira, o artigo 21 dos PBFA sinala com clareza: "As autoridades competentes têm a obrigação de garantir que os advogados tenham acesso à informação, aos arquivos e documentos pertinentes que estejam em seu poder ou sob seu controle com antecedência suficiente para que possam prestar a seus clientes uma assistência jurídica efetiva. Esse acesso será facilitado o mais rápido possível" (*tradução nossa*).

constitui a faculdade de assumir essa defesa por si mesmo. A Corte IDH, até agora, não desenvolveu as implicações do direito a defender-se pessoalmente, ainda que o tenha reconhecido.[47]

Dúvidas persistem quanto à exigência de que a defesa seja efetiva e não meramente formal. Aplica-se esse mesmo princípio para a defesa pessoal? Ou, nesse caso, trata-se já de uma decisão pessoal, de um risco assumido que deve ser aceito? A dúvida talvez não passe por essa questão já que nenhum juiz deveria ficar como simples espectador diante de uma defesa inefetiva realizada pessoalmente. Esse ponto foi tratado diretamente no *voto justificado concorrente do juiz García Ramírez.*[48] Naquela ocasião, o juiz sustentou que o julgador "deve assumir a tutela efetiva da ordem jurídica e não se limitar a esperar que seja feito por outros participantes no processo". Argumentou que: "Não posso concordar com a ideia de que, conforme as regras estritas do direito processual penal acusatório, o juiz deve abster-se de assumir iniciativas probatórias e aguardar que as partes solicitem atuações que são notoriamente indispensáveis. Refiro-me à disposição de provas sobre extremos dos quais depende muito mais que uma vantagem processual secundária: a definição em si sobre a pertinência de um julgamento que culmina, por força, em pena de morte". A conduta passiva do julgador — isto é, a omissão à qual se referiu a sentença no Caso Dacosta — pode gerar a "mais grave ruptura das normas aplicáveis e trazer consigo uma injustiça". Pode-se discutir o concernente à atividade probatória, na medida em que signifique que o juiz abandone seu lugar de imparcialidade; mas de qualquer maneira, a Corte IDH afirmou nesse mesmo caso que o juiz é um garante da legalidade do processo; para isso, "o juiz deve adotar medidas que visem garantir a mais ampla defesa do acusado no julgamento, para efeitos de garantir o devido processo" (*tradução nossa*).[49]

O sentido principal da dimensão pessoal da defesa consiste em que, em todo momento, o acusado deve ser protagonista de sua defesa, ainda quando ela se realiza *por meio* de um advogado e sob seu aconselhamento. O direito a se defender pessoalmente significa que ele é sempre um *sujeito do processo* e nunca um objeto dos processos judiciais. Também, deve significar que o defendido, em todo caso, deve manter um *adequado controle* sobre o exercício da defesa por meio de profissionais. Isso é particularmente importante como mecanismo de controle e de orientação sobre os sistemas de defesa pública já que, em numerosas ocasiões, estes se burocratizam e

47 Caso *Barreto Leivacit,* § 64.

48 No *Caso Dacosta Cadogan,* p. 15.

49 Ibidem, § 85.

os acusados perdem todo contato real com seu caso; não se deve esquecer que se trata de defesa de interesses concretos e o titular e conhecedor desses interesses é a própria pessoa que sofre o risco da condenação penal.

3.2.2 Direito a contar com assistência e representação legal (técnica) de sua confiança e livre escolha

Um dos direitos que poderíamos chamar de "clássico" neste tema consiste em poder nomear um advogado que exerça a representação no processo, que essa eleição seja livre e, portanto, recaia sobre uma pessoa que tenha a confiança do próprio acusado. Isso foi reconhecido pela própria Corte IDH, que também sinalizou que o acusado deve contar com essa assistência de um modo "oportuno".[50] Isso significa que "o direito à defesa deve poder exercer-se desde que uma pessoa é indiciada como possível autor ou partícipe de um fato punível e só culmina quando finaliza o processo" (*tradução nossa*).[51] Como vimos, isso significa que o direito a nomear defensor não pode estar subordinado a nenhum ato processual específico e nasce do mesmo fato da imputação.

O direito a contar com um advogado defensor, em seu sentido mais genuíno, significa contar com um defensor *de confiança*; só no sentido *subsidiário* existe a obrigação de que o Estado designe um defensor a quem não possa tê-lo, tal como veremos mais diante. Devido aos altíssimos níveis de casos que são atendidos pela defensoria pública, isso provocou que se perca de vista, em numerosas ocasiões, o *sentido básico* do direito que implica uma *relação de confiança* entre o acusado e seu defensor. A orientação do sistema penal para setores empobrecidos que não podem nomear diretamente um advogado deu essa centralidade aos sistemas de defensoria pública que, felizmente, puderam fortalecer-se nos últimos anos. A questão passa a ser, então, a de estabelecer mecanismos que permitam, dentro do possível, *construir essa relação de confiança dentro dos sistemas de defensoria pública.* Nesse sentido, a reivindicação da Corte IDH de que a defesa pública seja efetiva[52] também deve ser

50 *Caso Acosta Calderón*, cit., § 124; *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*, sentença de 17 de junho de 2005, série C, n. 125, §§ 116 e 117; *Caso Tibi*, cit., § 194; *Caso Castillo Petruzzi e outros,* cit., §§ 146-149, e *Caso Suárez Rosero*, cit., § 83.

51 *Caso Cabrera García e Montiel Flores,* sentença de 26 de novembro de 2010, série C, n. 220, § 154. Cfr. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, nota 100 (supra), § 29; *Caso Suárez Rosero vs. Equador,* sentença de 12 de novembro de 1997, Mérito, série C, N. 35, § 71; *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá,* sentença de 12 de agosto de 2008, *Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Costas,* série C, n. 186, § 148, e *Caso Bayarri vs. Argentina,* § 105.

52 *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íniguez*, § 159.

estendida, no sentido de que exista a maior relação de confiança possível, no contexto de organizações complexas, com sistemas de livre distribuição e, em muitos casos, com grandes sobrecargas de trabalho.

3.2.3 Direito a contar com assistência legal durante o interrogatório

No contexto da reforma da justiça criminal latino-americana, existe uma caraterística da época: devido à história de arbitrariedade no tratamento ao acusado nos sistemas policiais, à impossibilidade, por enquanto, de realizar grandes mudanças nesses sistemas, às dificuldades de colocar em prática mecanismos de controle sobre os primeiros momentos da investigação policial e à tendência a obter falsas confissões que depois são avalizadas pelos sistemas judiciais, tomou-se em geral uma decisão extrema, *proibindo em muitas legislações o interrogatório policial.*[53] Pode-se discutir — e já se discutiu — se essa medida é conveniente do ponto de vista da eficácia das investigações criminais; mas o certo é que tem respondido a uma necessidade de proteção do acusado ante os maus-tratos e torturas realizados durante muito tempo de um modo *sistemático.* Essa realidade processual faz com que não exista uma jurisprudência rica sobre essa matéria no SIDH, salvo os casos de legislações especiais, que implicavam a submissão de civis à justiça militar ou a regimes especiais, como narcotráfico.

Nos casos *Cabrera García e Montiel Flores,*[54] a Corte IDH indicou que o direito de defesa deve ser exercido "desde que se inicia a investigação contra ele" e que não se pode "potencializar os poderes investigativos do Estado em detrimento de direitos fundamentais da pessoa investigada" (*tradução nossa*). Portanto, o direito a contar com um defensor durante o interrogatório, consultá-lo livremente acerca do sentido de seu depoimento (dar sua "versão dos fatos", segundo a linguagem da própria Corte)

53 Tal é o caso do CPP Guatemala: "A polícia só poderá dirigir ao imputado perguntas para constatar sua identidade, com as advertências e condições estabelecidas nos artigos anteriores. Deverá, assim mesmo, instruí-lo sobre o que poderá informar ao Ministério Público ou ante o juiz segundo o caso" (*tradução nossa*) (art. 88). CPP Federal Argentino: "Não poderão receber declaração do acusado. Só poderão dirigir-lhe perguntas para constatar sua identidade, prévia leitura que, nesse caso, se dará em voz alta, dos direitos e garantias contidos nos artigos 104, parágrafo 1° e último, 197, 295, 296 e 298 deste Código, de aplicação analógica ao caso, tudo isso sob pena de nulidade em caso de assim não se fazer, sem prejuízo da comunicação que fará o juiz à autoridade superior do funcionário aos efeitos da devida sanção administrativa pelo descumprimento" (*tradução nossa*) (art. 184, §10). CPP Chihuahua (México): "A polícia não poderá receber declaração do acusado quando este se encontrar detido. Em caso de que ele manifeste seu desejo de declarar, deverá comunicar esse fato ao Ministério Público para que receba sua declaração, com as formalidades previstas pela lei" (*tradução nossa*) (art. 173).

54 Sentença de 26 de novembro de 2010, série C, n. 220, § 154.

aparece como núcleo central do direito de defesa. Trate-se de interrogatório diante de um procurador ou em sede administrativa, não se podem impor limitações à *presença e consulta com um advogado.*

3.2.4 Direito a se comunicar reservadamente com o advogado defensor

Em consonância com o conteúdo do direito de defesa apontado na seção anterior, a Corte IDH reconheceu que o acusado não pode ter limitações em todo o relacionado com comunicar-se livremente e de forma reservada com seu advogado defensor. Isso foi apontado com clareza no *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru.*[55] Contudo, isso não se dá só em legislações de emergência que, como vimos, provocaram sentenças claras dentro da jurisprudência da Corte IDH, mas também quando se tratar de processos comuns já que, se neles também se colocarem obstáculos à comunicação "livre e privada", não se pode entender que isso seja admissível ante o direito de defesa.[56]

A comunicação com seu defensor deve ser livre. Nesse sentido, a Corte IDH adotou os padrões dos Princípios Básicos Relativos à Função dos Advogados (PBFA), aprovados pelo Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, celebrado em Havana (Cuba) de 27 de agosto a 7 de setembro de 1990, e isso implica que se devem fornecer instalações adequadas para que essa comunicação seja possível, tanto em instalações judiciais quanto no próprio cárcere, caso se encontre detido. Não são aceitáveis condições de conferência com o advogado em que a presença de agentes de custódia gere uma situação de coerção. Deve-se garantir uma comunicação *privada*, ou seja, sem interferências nem coerções, como a apontada. Se isso não acontecer, encontra-se afetada a possibilidade de "preparar devidamente a defesa"[57] e, por conseguinte, afeta-se o direito de defesa. De uma maneira mais enfática ainda, se indicou que toda forma de incomunicabilidade deve ser estabelecida por lei e de um modo excepcional; ela é, em qualquer caso, "uma medida de caráter excepcional, que tem como propósito impedir que se obstrua a investigação dos fatos. Dito isolamento deve estar limitado ao período de tempo determinado expressamente pela lei" (*tradução nossa*).[58]

55 Cf. §§ 146-149.

56 *Caso Cantoral Benavides*, cit., § 127.

57 C*aso Suárez Rosero.*

58 C*aso Suárez Rosero,* § 51. No mesmo sentido, *Caso Cantoral Benavides,* cit., § 84.

Os PBFA enfatizaram também neste ponto: (i) Os governos reconhecerão e respeitarão a confidencialidade de todas as comunicações e consultas entre os advogados e seus clientes, no âmbito de sua relação profissional (art. 22), e (ii) a toda pessoa detida ou presa se darão oportunidades, tempo e instalações adequadas para receber visitas de um advogado, entrevistar-se com ele e consultá-lo, sem demora, interferência, nem censura e em forma plenamente confidencial. Essas consultas poderão ser vigiadas visualmente por um funcionário encarregado de fazer cumprir a lei, mas não se escutará a conversação (art. 8º).

3.2.5 Direito a escolher e contar gratuitamente com os serviços de um advogado, para as pessoas que não puderem pagá-lo

Para a grande maioria da população que responde a um processo penal, o direito de defesa se materializa na possibilidade de contar com um defensor público. Por isso, a Corte IDH tem sido cuidadosa ao assegurar esse direito e fixar padrões precisos a respeito dele. Primeiramente, argumentou que não se restringe à nomeação de um advogado; os advogados devem ser "idôneos e capacitados".[59] Essa simples declaração é importante, pois, na história da região, utilizaram-se regularmente os sistemas de defesa pública como um simples meio para cumprir de maneira formal com a defesa. Defensores que só assinam atas, que não conhecem os acusados, que prestam sua assinatura para dar cumprimento ao requisito e outras mil formas de defesa meramente formal *têm sido rejeitadas pela jurisprudência da Corte IDH.* Isso significa, também, acompanhar o processo de fortalecimento dos sistemas de defesa pública na região, que não só começaram a ser organizações sérias, mas também que, em muitas ocasiões, têm o melhor nível profissional no que se refere a defesas penais. O princípio é claro: viola a CADH qualquer forma de *defesa aparente.*

Nas palavras da Corte IDH, "a defesa fornecida pelo Estado deve ser efetiva, portanto o Estado deve adotar todas as medidas adequadas" (*tradução nossa*). Não é suficiente nomear um defensor público com o único objetivo de cumprir uma formalidade processual; equivaleria a não contar com uma defesa técnica, por isso é imperativo que dito defensor atue de maneira diligente a fim de proteger as garantias processuais do acusado e evitar, assim, que seus direitos sejam lesados.[60] No mesmo sentido, os PBFA sinalizam: (i) os governos garantirão que sejam assegurados fundos e outros recursos suficientes para a assistência

59 *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs Equador.*

60 *Caso Cabrera García e Montiel Flores,* sentença de 26 de novembro de 2010, série C, n. 220, § 155.

jurídica das pessoas pobres e, em caso necessário, de outras pessoas desfavorecidas. As associações profissionais de advogados colaborarão na organização e prestação de serviços, meios materiais e outros recursos (art. 3º); (ii) essas pessoas, quando não dispuserem de advogado, terão direito, sempre que o interesse da justiça assim o demandar, a que lhes sejam designados advogados com experiência e competência que exija o tipo de delito em questão, a fim de que seja prestada uma assistência jurídica efetiva e gratuita, se carecerem de meios suficientes para pagar por seus serviços (art. 6º).

Por outro lado, existe uma derivação própria do acesso igualitário e efetivo a um defensor, que está relacionado com a *realidade das comunidades indígenas.* Não se pode argumentar que se remedia a situação com a designação de um intérprete, já que a relação de confiança própria do advogado defensor, somada às tarefas de controle que ele deve realizar, inclusive a respeito dos intérpretes, faz necessário que os membros desses povos devam ter acesso a defensores que possam realizar seu trabalho no mesmo idioma que o acusado e com conhecimento de sua cultura específica. Embora a Corte IDH ainda não tenha se pronunciado sobre esse ponto, surge com clareza das condições de efetividade, confiança, acesso e respeito ao idioma e à cultura que resultam centrais em muitos outros casos. Em igual sentido, os PBFA apontam em seu artigo 11:

> "Nos países em que haja grupos, comunidades ou regiões cujas necessidades de serviços jurídicos não estejam atendidas, em especial quando tais grupos tiverem culturas, tradições ou idiomas próprios ou tiverem sido vítimas de discriminação no passado, os governos e as associações profissionais de advogados e as instituições de ensino deverão tomar medidas especiais para oferecer oportunidades a candidatos provenientes desses grupos para que ingressem à profissão de advogado e deverão garantir que recebam uma formação adequada às necessidades de seus grupos de procedência."

Isso levou alguns países (Guatemala, Chile, México, Argentina e outros) a já organizarem seções especiais dentro de suas defensorias públicas, dedicadas a dar assessoramento a acusados de alguns dos povos originários.

3.2.6 Direito a que os advogados sejam regidos por padrões profissionais mínimos, devam orientar-se exclusivamente pelo interesse de seu defendido e sejam independentes

O caráter de defesa efetiva, oportuna, realizada por pessoas capacitadas, na qual fique claro que a defensoria pública não exerce uma função estatal, pensada para dar legitimidade ao processo, mas representa um *modo de fortalecer a defesa do interesse*

concreto do acusado, constitui o núcleo da jurisprudência sobre o direito de defesa no sistema interamericano. Por outro lado, o fato de que a CIDH reconheça o valor dos PBFA[61] implica que eles possam ser utilizados também como uma fonte de padrões, em particular, no relativo a problemas muito mais concretos do exercício da advocacia.

Nesse sentido, eles indicam os seguintes princípios:

1) os governos procurarão que se estabeleçam procedimentos e mecanismos adequados para fazer possível o acesso efetivo e em condições de igualdade à assistência jurídica de todas as pessoas que se encontrem em seu território e estejam submetidas à sua jurisdição, sem nenhum tipo de distinção, como discriminações por motivos de raça, cor, origem étnica, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de outra espécie, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento, situação econômica ou outra condição (art. 2);

2) os governos e as associações profissionais de advogados promoverão programas para informar o público de seus direitos e obrigações em virtude da lei e da importante função que desempenham os advogados na proteção de suas liberdades fundamentais. Deve ser dada especial atenção à assistência das pessoas pobres e de outras pessoas menos favorecidas, a fim de que possam provar seus direitos e, quando for necessário, recorrer à assistência de um advogado (art. 4º);

3 os governos, as associações profissionais de advogados e as instituições de ensino garantirão que os advogados tenham a devida formação e preparação, e lhes seja inculcada a consciência dos ideais e obrigações éticas dos advogados e dos direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos pelo ordenamento jurídico nacional e internacional (art. 9º);

4) as obrigações dos advogados para com seus clientes são as seguintes: (i) prestar-lhes assessoramento a respeito de seus direitos e obrigações, assim como a respeito do funcionamento do ordenamento jurídico, sempre que for pertinente aos direitos e obrigações dos clientes; (ii) prestar-lhes assistência em todas as formas adequadas e adotar medidas jurídicas para protegê-los ou defender seus interesses; (iii) prestar-lhes assistência diante dos tribunais judiciais, outros tribunais ou organismos administrativos, quando corresponder (art. 13);

61 Aprovados pelo Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, celebrado em Havana (Cuba) de 27 de agosto a 7 de setembro de 1990.

5) os advogados zelarão lealmente em todo momento pelos interesses de seus clientes (art. 15);

6) os governos garantirão que os advogados: (i) possam desempenhar todas suas funções profissionais sem intimidações, obstáculos, assédios ou interferências indevidas; (ii) possam viajar e comunicar-se livremente com seus clientes tanto dentro de seu país quanto no exterior; (iii) não sofram nem estejam expostos a perseguições ou sanções administrativas, econômicas ou de outra índole diante da adoção de qualquer medida que tenham adotado em conformidade com as obrigações, regras e normas éticas que se reconhecem para a sua profissão (art. 16);

7) os advogados, ao protegerem os direitos de seus clientes e defenderem a causa da justiça, procurarão defender os direitos humanos e as liberdades fundamentais reconhecidos pelo direito nacional e internacional, e em todo momento atuarão com liberdade e diligência, em conformidade com a lei e as regras e normas éticas reconhecidas que regem sua profissão (art. 14).

3.3 Direitos ou garantias judiciais genéricas relativas ao julgamento imparcial (fair trial)

3.3.1 Direito à presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência não constitui um direito em si mesmo, mas sim a base genérica que permite organizar um sistema processual respeitoso das garantias previstas na CADH. Constitui a base do *sistema processual* e estabelece o âmbito de atuação e proteção geral do acusado. Esse caráter genérico foi reconhecido pela Corte IDH em várias ocasiões.[62]

A Corte IDH tem utilizado esse conceito para vários propósitos já que, por sua generalidade, se converte no conceito regular do sistema.[63] Por exemplo, tem

62 *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez,* cit., § 145; *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*, sentença de 31 de agosto de 2004, série C, n. 111, par. 153, e *Caso Suárez Rosero vs. Equador,* sentença de 12 de novembro de 1997, série C, n. 35, § 77. Reitera essa linha de jurisprudência em *Caso Norín Catriman e outros vs. Chile,* de 29 de maio de 2014. A Suprema Corte de Justiça do México faz uma distinção adequada, ao considerar que a presunção de inocência é tanto uma *regra de tratamento como uma regra probatória* (*Caso Cassez Crepin,* Amparo Direto em Revisão 517/2011).

63 Uma visão ainda mais ampla desse princípio é a que sustenta a Suprema Corte de Justiça do México (Amparo em Revisão 89/2007), já que aí disse: "O princípio da presunção de inocência que em matéria processual penal impõe a obrigação de colocar o ônus da prova no acusador é um direito

utilizado a violação da presunção de inocência para determinar que os civis não podem ser submetidos a uma estrutura militar contrária a esse princípio, a jurisdição militar, por exemplo;[64] ou para estabelecer limitações à prisão preventiva;[65] tem utilizado a violação desse princípio de uma maneira clara para apontar uma pessoa como culpada diante da opinião pública quando ainda não foi condenada,[66] em particular quando se demostra que essa sinalização pública tem efeitos sobre a condenação posterior;[67] também tem sido utilizado para fundar o controle judicial imediato da detenção.[68]

As duas consequências mais claras e diretas da presunção de inocência se referem, primeiramente, ao ônus da prova. O acusado não tem nenhuma obrigação de provar nada relativo à sua inocência, a construção da prova sobre o fato e a culpabilidade é de *exclusiva responsabilidade dos acusadores.* Isso foi reconhecido pela Corte IDH. De fato, "é um elemento essencial para a realização efetiva do direito à defesa e acompanha o acusado durante todo o trâmite do processo até quando uma sentença condenatória que determine sua culpabilidade seja confirmada. Esse direito implica que o acusado não deve demostrar que não cometeu o delito que lhe é atribuído já que o *onus probando* corresponde a quem acusa" (*tradução nossa*).[69] A segunda consequência, derivação da primeira, implica que a dúvida na valoração da prova deve favorecer sempre ao acusado. A Corte IDH sustentou que, "Caso se encontre contra ela prova incompleta ou insuficiente, não é procedente condená-la, senão absolvê-la" (*tradução nossa*).[70]

fundamental que a Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos reconhece e garante em geral, cujo alcance transcende a órbita do devido processo, pois com sua aplicação se garante a proteção do outros direitos fundamentais como são a dignidade humana, a liberdade, a honra e o bom nome, que poderiam resultar vulnerados por atuações penais ou disciplinares irregulares. Em consequência, esse princípio opera também nas situações extraprocessuais e constitui o direito a receber a consideração e o tratamento de 'autor ou não partícipe' em um fato de caráter delitivo ou em outro tipo de infrações, enquanto não se demostrar a culpabilidade; por conseguinte, outorga o direito a que não sejam aplicadas as consequências aos efeitos jurídicos privativos vinculados a tais fatos, em qualquer matéria" (*tradução nossa*).

64 *Caso Loayza Tamayo vs. Peru,* sentença de 17 de setembro de 1997, série C, n.33.

65 *Caso Suárez Rosero vs Equador,* sentença de 12 de novembro de 1997, série C, n.35.

66 *Caso Cantoral Benavides vs. Peru,* sentença de 18 de agosto de 2000, série C, n. 69.

67 *Caso Lori Berenson vs. Peru,* sentença de 25 de novembro de 2004, série C, n.119.

68 *García Asto e Ramírez Rojas vs. Peru,* sentença de 25 de novembro de 2005, série C, n. 137.

69 *Ricardo Canese vs. Paraguai,* sentença de 31 de agosto de 2004, série C, n. 111.

70 *Caso Ricardo Canese*, cit., § 153 e *Caso Cantoral Benavides*, cit., § 120. Cf. *Caso Cabrera García e Montiel Flores,* sentença de 26 de novembro de 2010, série C, n. 220, § 183.

3.3.2 Direito a permanecer em silêncio ou a não depor contra si mesmo

Uma das garantias clássicas contra a prática de torturas e coerções ilegais consiste em *descartar toda obrigação de responder a autoridades públicas ou a confessar.* Finda a antiga obrigação legal de fazê-lo, ficam, por certo, as práticas que ainda buscam a confissão do acusado como principal medida de investigação e prova. É por isso que a jurisprudência da Corte IDH se refere, antes de tudo, aos casos de tortura, coerção e maus-tratos. Nesse sentido, a Corte IDH é categórica ao sustentar o caráter absoluto e universal de sua proibição.[71] Enfatiza: "a proibição da tortura e as penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes é absoluta e inderrogável — sustenta sistematicamente a Corte —, ainda nas circunstâncias mais difíceis, tais como guerra, ameaça de guerra, luta contra o terrorismo e quaisquer outros delitos, estado de sítio ou de emergência, comoção ou conflito interno, suspensão de garantias constitucionais, instabilidade política interna ou emergências ou calamidades públicas" (*tradução nossa*).[72]

Esse direito inclui, primeiramente, o direito a declarar tantas vezes quanto o próprio acusado quiser e, como vimos, a Corte IDH deu especial importância para que o acusado tenha uma possibilidade real de "dar sua versão dos fatos". Em sentido contrário, isso significa o direito a não dar nenhuma versão, simplesmente a abster-se de depor e, por último, o direito a evitar qualquer forma de formulação de imputações que devam ser respondidas obrigatoriamente. Esse direito nasce como uma reação à "comunicação de objeções", a respeito das quais era obrigatório responder, e o silêncio ou as evasivas constituíam uma "confissão tácita". Qualquer tipo de confissão ficta, direta ou indireta, ou qualquer tipo de presunção nesse sentido está absolutamente proibido. Produz-se uma situação desse tipo, ou seja, de coação, sempre que se criar "uma situação ameaçadora ou se ameaçar algum indivíduo", ainda quando essa ameaça não se efetivar, tratando-se só de uma coação psicológica;[73] as ameaças a familiares também podem constituir o tipo de coação proibida.[74]

71 *Caso Caesar vs. Trindade e Tobago*, sentença de 11 de março de 2005, série C, n. 123, § 100. Em igual sentido, *Caso Tibi*, cit., § 143; *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri*, cit., § 112, e *Caso Maritza Urrutia*, cit., § 92.

72 *Caso Lori Berenson Mejía,* cit., § 100; *Caso da Cruz Flores vs. Peru*, sentença de 18 de novembro de 2004, série C, n. 115, § 125; *Caso Tibi,* cit., § 143. Em igual sentido, *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri,* cit., § 111; *Caso Maritza Urrutia,* cit., § 89, e *Caso Cantoral Benavides,* cit., § 95.

73 *Caso 19 Comerciantes vs. Colômbia*, sentença de 5 de julho de 2004, série C, N. 109, § 149; *Caso Cantoral Benavides,* cit., § 102; *Caso dos "Meninos de Rua" (Villagrán Morales e outros),* cit., § 165; *Valle Jaramillo vs. Colômbia*, sentença de 27 de novembro de 2008, série C, N. 191, § 108.

74 *Caso Bayarri*, cit., § 87.

3.3.3 Direito a permanecer em liberdade durante o processo enquanto o julgamento se encontrar pendente

A jurisprudência da Corte IDH deixou claro o caráter excepcional de toda forma de encarceramento durante o processo enquanto o julgamento se encontrar pendente, preceito diretamente derivado do direito a conservar a liberdade até que se aplique uma condenação, como aplicação elementar da presunção de inocência. É desse princípio que "deriva a obrigação estatal de não restringir a liberdade do detido além dos limites estritamente necessários, para garantir que aquele não impedirá o desenvolvimento eficiente das investigações nem evadirá a ação da justiça." Nesse sentido, a prisão preventiva é uma medida cautelar, não punitiva.[75] Sem dúvida, diz-nos a Corte IDH, a prisão preventiva é "a medida cautelar mais severa que se pode aplicar ao acusado de um delito, motivo pelo qual sua aplicação dever ter um caráter excepcional, em virtude de estar limitada pelos princípios de legalidade, presunção de inocência, necessidade e proporcionalidade, indispensáveis em uma sociedade democrática" (*tradução nossa*).[76]

Segundo a Corte IDH, então (i) a liberdade durante o processo é uma derivação natural do princípio da presunção de inocência, (ii) a restrição a essa liberdade deve ser excepcional, (iii) encontra-se limitada pelo princípio de legalidade, (iv) deve ser aplicada nos limites *estritamente necessários* para garantir o desenvolvimento eficiente da investigação ou evitar que escape à ação da justiça com sua fuga e (v) deve respeitar o princípio de proporcionalidade. Deve-se tratar, segundo a Corte IDH, de uma medida "não punitiva". Além desses cinco requisitos básicos, a Corte IDH preocupou-se por estabelecer que está sujeita a duas condições mais: uma, à duração razoável; a outra, a condições de detenção admissíveis. Efetivamente, disse a Corte: a "prisão preventiva deve limitar-se estritamente ao disposto no artigo 7.5 da Convenção Americana, no sentido de que não pode durar além de um prazo razoável nem além da persistência dos motivos que se invocaram para justificá-la. Não cumprir com esses requisitos equivale a antecipar uma pena sem sentença, o que contraria princípios gerais do direito universalmente reconhecidos" (*tradução nossa*).[77] Assim mesmo, o artigo 7.5 da

75 *Caso Tibi,* cit., § 180. No mesmo sentido, *Caso Bayarri,* cit., § 110; *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez,* cit., § 145; *Caso Acosta Calderón,* cit., § 111, e *Caso Suárez Rosero*, cit., § 77.

76 *Caso Tibi,* cit., § 106. No mesmo sentido, *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez,* cit., § 146; *Caso Acosta Calderón,* cit., § 74; *Caso "Instituto de Reeducação do Menor",* sentença de 2 de setembro de 2004, série C, N. 112, § 228, e *Caso Ricardo Canese*, cit., § 129.

77 *Caso "Instituto de Reeducação do Menor",* cit., § 229. No mesmo sentido, *Caso Acosta Calderón,* cit., § 111; *Caso Tibi,* cit., § 180; *Caso Suárez Rosero*, cit., § 77.

Convenção Americana garante o direito de toda pessoa detida a ser julgada dentro de um prazo razoável ou ser deixada em liberdade, sem prejuízo do prosseguimento do processo. Esse direito impõe limites temporais à duração da prisão preventiva e, em consequência, aos poderes do Estado para proteger os fins do processo mediante esse tipo de medida cautelar. Quando o prazo da prisão preventiva exceder o razoável, o Estado poderá limitar a liberdade do acusado com outras medidas menos lesivas que garantam seu comparecimento ao julgamento, diferentes da privação de sua liberdade mediante encarceramento. Esse direito impõe, por sua vez, uma obrigação judicial de tramitar com maior diligência e prontidão aqueles processos penais nos quais o acusado se encontre privado de sua liberdade (*tradução nossa*).[78]

Por outro lado, no que tange às condições de detenção, sinalou-se que "a detenção em condições de superlotação, o isolamento em cela reduzida, com falta de ventilação e luz natural, sem cama para o repouso nem condições adequadas de higiene, a incomunicabilidade ou as restrições indevidas ao regime de visitas, constituem uma violação à integridade pessoal" (*tradução nossa*).[79]

A Corte IDH estabeleceu, também, que, devido a todas essas condições, para se decretar uma prisão preventiva, não se pode ser imposta sobre qualquer base, mas sim é necessária uma *mínima base fática, tanto a respeito da existência do fato como da participação e culpabilidade do acusado.* Segundo a Corte IDH, "Devem existir indícios suficientes que permitam presumir razoavelmente a culpabilidade da pessoa submetida a um processo". Também, a Corte estabeleceu que, para restringir o direito à liberdade pessoal por meio de medidas como a prisão preventiva, devem existir indícios suficientes que permitam supor razoavelmente que a pessoa submetida a processo *participou* do ilícito que se investiga.[80] Por outro lado, a suspeita tem que estar fundamentada em fatos específicos e articulados com palavras, isto é, não em meras conjecturas ou intuições abstratas. Disso se deduz que o Estado não deve deter para depois investigar, pelo contrário, só está autorizado a privar da liberdade uma pessoa quando alcançar o conhecimento suficiente para poder levá-la a julgamento.[81]

78 *Caso Bayarri vs. Argentina*, cit., § 70.

79 *Caso Lori Berenson Mejía,* cit., § 102, e *Caso García Asto,* cit., § 221. No mesmo sentido, *Caso Caesar,* cit., § 96; *Caso Tibi,* cit., § 150*; Caso "Instituto de Reeducação do Menor",* cit., § 151; *Caso Hilaire, Constantine e Benjamín e outros,* cit., § 164; *Caso Cantoral Benavides,* cit., § 89; *Caso Loayza Tamayo,* cit., § 58.

80 *Caso Servellón García e outros vs. Honduras*, sentença 21 de setembro de 2006, série C, n.15. §§. 90 e 101.

81 *Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs Equador*, cit., § 103.

Do fato mesmo da afetação da liberdade nasce uma especial responsabilidade do Estado de garantir as condições de detenção.

> "Com efeito, em relação às pessoas privadas de liberdade, o Estado se encontra em uma posição especial de garante, uma vez que as autoridades penitenciárias exercem um controle ou domínio total sobre as pessoas que se encontram sob sua custódia. Nesse contexto particular de subordinação do detido ante o Estado, este último tem uma responsabilidade especial de garantir àquelas pessoas sob seu controle as condições que lhes permitam conservar um grau de dignidade, consistente com seus direitos humanos inerentes e inderrogáveis (ou que deixem a salvo seus direitos)" (*tradução nossa*).[82]

E logo a Corte destaca:

> "Ante essa relação e interação especial de sujeição entre o preso e o Estado, este último deve assumir uma série de responsabilidades particulares e tomar diversas iniciativas especiais para garantir aos presos as condições necessárias para desenvolver uma vida digna e contribuir para o gozo efetivo daqueles direitos que, sob nenhuma circunstância, podem ser restringidos, ou daqueles cuja restrição não deriva necessariamente da privação da liberdade e que, portanto, não é permissível. Não ser assim implicaria que a privação de liberdade destitui a pessoa da titularidade de todos os direitos humanos, o que não é possível aceitar" (*tradução nossa*).[83]

Por tal motivo, dentro da especial função de custódia e garantia dos juízes, eles devem zelar pelo cumprimento dos requisitos que afetem o direito de se permanecer em liberdade. De um modo claro, a Corte IDH afirmou: "Os juízes não têm que esperar até o momento de proferir a sentença absolutória para que os detidos recuperem sua liberdade, mas sim devem avaliar periodicamente se as causas e fins que justificaram a privação de liberdade se mantêm, se a medida cautelar ainda é absolutamente necessária para a consecução desses fins e se é proporcional" (*tradução noss*a).[84]

Embora não seja uma fonte jurisprudencial nem uma opinião consultiva, merece especial atenção o relatório *Peirano Basso* já que se refere com maior detalhe à liberdade durante o processo.[85] Aí se estabelecem os seguintes padrões, resultantes da atividade própria da Comissão e da jurisprudência da CIDH:

82 *Caso "Instituto de Reeducação do Menor",* cit., § 152.

83 Ibidem, § 153.

84 *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador*, cit., § 117; *Caso Yvon Neptune vs. Haiti*, sentença de 14 de dezembro de 2006, série C, N. 180, cit., § 108; *Caso Bayarri vs. Argentina*, cit., § 76.

85 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Informe Peirano Basso*, 14 de maio de 2007, caso 12.553, § 70.

1) "Em virtude da presunção de inocência, no âmbito de um processo penal, o acusado deve permanecer em liberdade, como regra geral" (69).

2) Sem prejuízo disso, é aceito que ao Estado, apenas excepcionalmente e sob determinadas condições, está facultado deter provisoriamente uma pessoa durante um processo judicial ainda inacabado, com a atenção de que a duração excessiva da prisão preventiva origina o risco de inverter o sentido da presunção de inocência, convertendo a medida cautelar em uma verdadeira pena antecipada (70); o princípio orientador para estabelecer a legalidade da prisão preventiva é o de "excepcionalidade", em virtude do qual se tenta evitar que a prisão preventiva se converta em regra e, assim, desvirtue-se sua finalidade (93).

3) "Como derivação do princípio da presunção de inocência, se exige um limite temporal 'razoável' à prisão preventiva em virtude do qual toda pessoa deve receber o tratamento de inocente até que exista uma sentença condenatória transitada em julgado que estabeleça o contrário" (72).

4) Como toda limitação aos direitos humanos, esta deve ser interpretada restritivamente em virtude do princípio *pro homine,* pelo qual, em matéria de reconhecimento de direitos, deve se estar pela norma mais ampla e pela interpretação mais restrita em matéria de limitação de direitos. Isso se impõe, além disso, para evitar que a exceção se converta na regra, devido ao fato de que essa restrição de natureza cautelar se aplica sobre uma pessoa que goza do estado de inocência até que uma sentença judicial transitada em julgado o destrua. Por isso, a necessidade de que as restrições dos direitos individuais impostas durante o processo, e antes da sentença definitiva, sejam de interpretação e aplicação restrita, com cuidado de que não se desnature a garantia antes citada (75).

5) É preciso priorizar os processos judiciais nos quais os acusados se encontrem privados de sua liberdade (76).

6) Devem existir elementos de prova sérios que vinculem o acusado com o fato investigado (77).

7) Devem se descartar todos os outros esforços por fundamentar a prisão durante o processo baseados, por exemplo, em fins preventivos como a periculosidade do acusado, a possibilidade de que cometa delitos no futuro ou a repercussão social do fato, não só pelo princípio enunciado, mas tam-

bém porque se apoiam em critérios de direito penal material, não processual, próprios da resposta punitiva. Esses são critérios baseados na avaliação do fato passado, que não respondem à finalidade de toda medida cautelar por meio da qual se tenta prevenir ou evitar fatos que fazem referência, exclusivamente, a questões processuais do objeto da investigação e se viola assim a presunção de inocência (84).

8) "O risco processual de fuga ou de frustração da investigação deve estar fundamentado em circunstâncias objetivas. A simples alegação sem consideração do caso concreto não satisfaz esse requisito. Por isso, as legislações só podem estabelecer presunções *iuris tantum* sobre este perigo" (85).

9) Nada impede que o Estado imponha condições limitativas à decisão de manter a privação da liberdade (85).

10) "A 'seriedade da infração como [a] severidade da pena' pode ser levada em consideração no momento de analisar o risco de evasão, [… mas] a expectativa de uma pena severa, transcorrido um prazo prolongado de detenção, é um critério insuficiente para avaliar o risco de evasão do detido" (89); "Ao realizar o prognóstico de pena para avaliar o perigo processual, sempre se deve considerar o mínimo da escala penal ou o tipo de pena mais leve prevista" (91).

11) Sobre o órgão à disposição do qual se encontra detido o indivíduo pesa a obrigação de colocá-lo em liberdade, ainda de ofício, quando tiverem cessado os motivos que originalmente tenham sustentado a prisão ou detenção (102).

12) A obrigação de dispor de métodos cautelares alternativos à privação da liberdade para garantir o comparecimento do acusado e a obrigação, também, de ir substituindo-as à medida que as circunstâncias do caso assim o imponham (107).

13) Não se poderá recorrer à prisão cautelar quando a pena prevista para o delito que foi imputado não for privativa da liberdade. Também não, quando as circunstâncias do caso permitam, em abstrato, suspender a execução de uma eventual condenação. Também se deverá considerar em abstrato se, se tivesse havido condenação, os prazos teriam permitido solicitar a liberdade provisória ou antecipada (110).

14) É necessária a intervenção de um funcionário judicial para exercer controle das razões que motivaram a detenção ou das quais justificam a prisão preventiva (116).

15) O direito a uma decisão dentro de um prazo razoável deve ser interpretado de uma maneira muito mais estrita quando se refere ao prazo de duração da prisão preventiva (128).

16) As atividades processuais do acusado e sua defesa não podem ser consideradas para fins de justificar o prazo razoável de detenção, já que o emprego dos meios que a lei prevê para garantir o devido processo não deve ser desencorajado; e, muito menos, valorizada de maneira negativa a ativa intervenção durante o processo (130).

17) Uma vez vencido o prazo considerado razoável, o Estado perde a oportunidade de continuar garantindo o fim do processo por meio da privação da liberdade do acusado. Ou seja, a prisão preventiva poderá ou não ser substituída por outras medidas cautelares menos restritivas, mas, em todo caso, deverá haver a liberdade (134).

18) Após conceder a liberdade, unicamente se poderá retirar novamente se não se cumpriu o prazo razoável na detenção prévia, contanto que as condições para sua procedência voltem a ser reunidas, e sem que se entenda que o prazo seja retomado (145) (*tradução nossa*).

3.3.4 Direito de presença e participação no julgamento

Embora a Corte não tenha dedicado a esse tema em si uma consideração especial, surge necessariamente o direito do reconhecimento explícito à *defesa pessoal,* tal como vimos nos pontos anteriores. Por outro lado, em diversas sentenças, a Corte IDH sinalizou que o Estado deve garantir (seja às vítimas, seja ao acusado) que as partes possam "formular suas pretensões e apresentar elementos probatórios em todas as etapas dos respetivos processos, e que estes sejam analisados pelas autoridades de forma completa e séria, antes que se resolva sobre os fatos, responsabilidades, penas e reparações".[86] Careceria de sentido sustentar esse conteúdo para os direitos e pôr limitações à presença do acusado no julgamento e à sua participação.

86 *Caso Ximenes Lopes*, sentença de 4 de julho de 2006, série C, n. 149, cit., § 193; *Caso dos Massacres de Ituango*, sentença de 1 de julho de 2006, série C, n. 148, § 296, e *Caso Baldeón García vs. Peru*,

Toda a doutrina sobre a prisão preventiva do SIDH, que reconhece, com todas as restrições, o direito do Estado a impor detenções para garantir a presença do acusado, implica, com maior razão, que ele tenha direito a estar presente e a participar diretamente. Tal como vimos, o direito a contar com um defensor advogado não pode significar que o acusado *perca o controle sobre sua defesa.* Isso implica que tem o direito a manter esse controle durante o julgamento, momento central do desenvolvimento do caso.

3.3.5 Direito a que as decisões que o afetem sejam motivadas em fundamentos razoáveis

O direito à fundamentação das decisões não resulta de alguma cláusula normativa expressa, obrigando a uma interpretação sistemática, fundamentada no conjunto de direitos vinculados à defesa. Primeiramente, o acusado, bem como os outros sujeitos do processo, tem o direito a *ser ouvido por um juiz* (CADH, art. 8.1, e PIDCP, art. 14.1) e, além disso, reconhece-se que seu direito de revisão sobre a decisão condenatória deve ser integral (CADH, art. 8.2h, e PIDCP, 14.5). Outrossim, em nenhum momento, pode estar submetido a detenções ou privações de liberdade "arbitrárias". Desse conjunto de direitos expressamente surge, então, que *toda decisão que afete direitos do acusado deve ser motivada em razões suficientes e isso faz parte do conjunto de direitos vinculados à defesa.* Carece de sentido se ter o direito a ser ouvido, ou seja, a alegar acerca do valor da prova, sobre o sentido do direito, ou a fazer petições sobre medidas; e que, em contrapartida, não exista o dever de se responder a essas alegações e petições. Também não faz sentido que exista o direito a uma *revisão integral* e que isso não signifique a obrigação de se fundar em *razões revisáveis as decisões que serão submetidas à revisão.*

A Corte IDH ratificou esses princípios. Efetivamente,

> "[…] a argumentação de uma sentença deve mostrar que têm sido devidamente levadas em conta as alegações das partes e o conjunto das provas tem sido analisado. Assim mesmo, a motivação mostra às partes que estas têm sido ouvidas e, naqueles casos em que as decisões sejam recorríveis, proporciona-lhes a possibilidade de criticar a resolução e conseguir um novo exame da questão ante as instâncias superiores. Por tudo isto, o dever de motivação é uma das 'devidas garantias' incluídas no artigo 8.1, para salvaguardar o devido processo" (*tradução nossa*).[87]

sentença de 6 de abril de 2006, série C, n. 147, § 146.

87 *Caso Tristán Donoso,* sentença de 27 de janeiro de 2009, série C, n. 193, § 78 e 153; *Apitz Barbera e outros,* sentença de 5 de agosto de 2008, série C, n. 182, § 78.

Nesse sentido, a motivação das decisões constitui uma base tanto de garantias como de legitimidade da administração de justiça já que "protege o direito dos cidadãos a serem julgados pelas razões que o direito proporciona e outorga credibilidade às decisões jurídicas no âmbito de uma sociedade democrática" (*tradução nossa*).[88]

A decisão motivada, segundo a Corte IDH, é o contrário de uma *decisão arbitrária*[89] e se deve entender por fundamentação dessa motivação "a exteriorização da justificativa razoada que permite chegar a uma conclusão".[90] Não é suficiente, disse a Corte IDH, expressar que as decisões se fundam em direito ou simples menções formais e violam o dever de fundamentação, se o Estado "se absteve de indicar quais foram essas supostas bases jurídicas, apesar de ter tido amplas oportunidades para isso ao longo do processo" (*tradução nossa*).[91]

Não obstante, a Corte IDH ainda não resolveu o problema da validade dos veredictos dos jurados a respeito da obrigação de fundamentar a sentença. Uma corrente da doutrina entende que a fundamentação da sentença condenatória implica a obrigação de estabelecer um determinado sistema de júri que exige essa fundamentação, ou obrigar o jurado, em sua versão clássica, a que pronuncie um veredicto fundamentado. Outra corrente indica que o jurado tem uma forma especial de controle da decisão (instruções aos jurados) e uma forma de revisão da sentença, com semelhante qualidade e possibilidades de defesa, razão pela qual não existe afetação alguma à CADH. O tema continuará como objeto de controvérsia, já que aumentou o número de países que estabelecem o modelo de julgamento pelo júri.

As decisões que devem ser motivadas e fundamentadas (expressão clara e precisa dos motivos) são todas aquelas que afetam direitos e são proferidas em um processo submetido às regras de julgamento imparcial, ou seja, deve se tratar de decisões tomadas por autoridades jurisdicionais, em sentido ordinário, em procedimentos especiais e ainda em procedimentos administrativos que afetam direitos (como os que geram deportações ou decisões a respeito dos migrantes). A Corte IDH afirmou que esse dever vale também para autoridades que não sejam formalmente jurisdicionais, mas que tenham atribuições dessa natureza. Isto é, o que gera a obrigação é o *tipo de decisão*

88 *Caso Apitz Barbera e outros,* cit., § 77. No mesmo sentido, *Caso Escher e outros vs. Brasil,* sentença de 6 de julho de 2009, série C, n. 200, § 195 e 208; *Caso Tristán Donoso,* sentença de 27 de janeiro de 2009, série C, n. 193, § 152.

89 *Caso Yatama,* § 152; *Caso Tristán Donoso,* cit., § 156.

90 Cf. *Caso Escher e outros,* cit., § 208; *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez,* cit., § 107; *Caso Tristán Donoso*, cit., § 152; *Caso Apitz Barbera e outros,* cit., § 77.

91 *Caso Baena Ricardo,* cit., § 111.

e não formalmente a autoridade que a emite.[92] Isso vale especialmente para o Ministério Público; o determinante não é o tipo de instituição, mas sim o tipo de decisão que toma. Por exemplo, quando atua claramente como um sujeito processual que peticiona, está submetido também a regras de clareza e certeza de suas petições, para facilitar o direito de defesa, mas não é o mesmo dever de fundamentação dos juízes. Se a legislação processual lhes outorga decisão de tipo jurisdicional, como quando lhes permite ditar por si mesmos a prisão preventiva, então o *dever de fundamentação é o mesmo.*[93]

3.3.6 Direito a uma revisão integral da sentença condenatória

A CADH é clara na hora de estabelecer que contar com a possibilidade de revisar as decisões que causam dano ao acusado no processo penal formal é parte do direito de defesa (conforme preceituam os art. 8.4, 8.7 e 25, da CADH). Por outro lado, o direito a recorrer da sentença condenatória é expresso e central: "o direito de recorrer da sentença é uma garantia primordial que se deve respeitar no âmbito do devido processo legal, para efeitos de permitir que uma sentença contraditória possa ser revisada por um juiz ou um tribunal diferente e de superior hierarquia orgânica" (*tradução nossa*).[94] Primeiramente, o recurso deve ser efetivo, ou seja, deve significar uma *possibilidade real de revisão.* Por esse motivo, no trâmite da revisão da decisão, também deve ser garantida a defesa efetiva e o respeito a todas as garantias que conformam o julgamento imparcial, o que inclui a assistência de um advogado defensor.[95]

Isso foi reiterado pela Corte IDH como um ponto central, tanto na concessão dos recursos quanto no conjunto das garantias que devem reger seu trâmite e decisão, o que inclui a garantia do juiz predeterminado (juiz natural):

> "Os Estados Partes estão obrigados a fornecer recursos judiciais efetivos às vítimas de violações dos direitos humanos (art. 25), recursos que devem ser comprovados em con-

92 *Caso Yatama vs. Nicarágua*, sentença de 23 de junho de 2005, série C, n. 127, § 149.

93 A Suprema Corte da República do Peru estabeleceu doutrina legal acerca da necessidade constitucional de motivação e a validade da forma oral de expressão de fundamentos no Acordo Plenário n. 6–2011/CJ–116. Materialmente, se afirma ali: "Na medida em que se permita conhecer o cumprimento dos pressupostos materiais e formais de uma resolução jurisdicional, que se impeça a manipulação das decisões judiciais e que se garanta um mecanismo idôneo e razoável de documentação, as decisões orais em modo nenhum afetam as finalidades que cumpre a motivação" (*tradução nossa*).

94 *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica,* sentença de 2 de julho de 2004, série C, n. 107, § 158. Em um sentido similar, *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, sentença de 17 de novembro de 2009, série C, n. 206, § 42, e *Caso Vélez Loor,* sentença de 23 de novembro de 2010, série C, n. 218, § 179.

95 *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros*, cit., § 148.

formidade com as regras do devido processo legal (art. 8.1), tudo isso dentro da obrigação geral, a cargo dos mesmos Estados, de garantir o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos pela Convenção a toda pessoa que se encontrar sob sua jurisdição (art. 1.1)" (*tradução nossa*).[96]

Da mesma maneira, o recurso deve ser *efetivo.* A Corte menciona que "não podem considerar-se efetivos aqueles recursos que, pelas condições gerais do país ou inclusive pelas circunstâncias particulares de um caso dado, resultem ilusórios" (*tradução nossa*).[97] Efetivos implica, como dissemos, possibilidade real de revisão, possibilidade real de defesa durante o recurso, que seja também decidido em tempo razoável e que a decisão de revisão cumpra com as medidas de motivação e fundamentação.

Um ponto particular, que vem tendo grande impacto nos últimos anos, vinculado à efetividade do recurso é o da possibilidade de revisão integral da sentença condenatória.[98] Em termos gerais, na região, se considerava que, até a dita sentença, era admissível um recurso de cassação para revisar a sentença condenatória, contanto que permitisse o controle dos erros *in udicando* (sobre a aplicação da lei), erros *in procedendo* (sobre as garantias processuais e a legalidade da prova) e sobre a fundamentação da sentença (sentença infundada ou arbitrária). Essa legislação foi considerada insuficiente por parte da Corte IDH: "Independentemente da denominação que se dê ao recurso existente para recorrer de uma sentença, o importante é que dito recurso

96 *Caso Zambrano Vélez e outros vs. Equador*, sentença de 4 de julho de 2007, série C, n. 166, § 114; *Caso do Massacre das Dois Erres vs. Guatemala*, sentença de 24 de novembro de 2009, série C, n. 211, § 104; *Caso da "Massacre de Mapiripán" vs. Colômbia*, sentença de 15 de setembro de 2005, série C, n. 134, § 195; *Caso do Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia,* sentença de 31 de janeiro de 2006, série C, n. 140, § 169; *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*, sentença de 1 de julho de 2006, série C, n. 148, § 287; *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*, sentença de 22 de setembro de 2006, série C, n. 153, §. 110; *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*, sentença de 3 de abril de 2009, série C, n. 196, § 110; *Caso Trabalhadores Cessados do Congresso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru*, sentença de 24 de novembro de 2006, série C, n. 158, § 106; *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala,* sentença de 25 de maio de 2010, série C, n. 212, § 190, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña,* sentença de 1º de setembro de 2010, série C, n. 151, § 151. Cfr. *Caso Vélez Loor,* sentença de 23 de novembro de 2010, série C, n. 218, § 143.

97 Cf. *Caso 19 Comerciantes*, cit., § 192; *Caso Baena Ricardo e outros*. *Competência,* cit., § 77; *Caso Maritza Urrutia*, cit., § 111; *Caso Juan Humberto Sánchez,* sentença de 7 de junho de 2003, série C, n. 99, § 122; *Caso* "*Cinco Pensionistas",* sentença de 28 de fevereiro de 2003, Série C, n. 98, § 126*; Caso As Palmeiras,* sentença de 26 de novembro de 2002, série C, n. 96, § 58; *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*, sentença de 6 de fevereiro de 2001, série C, n. 74, § 136; *Caso Cesti Hurtado vs. Peru*, sentença de 29 de setembro de 1999, série C, N. 56, cit., § 125, e *Garantias Judiciais em Estados de Emergência* (art. 27.2, 25 e 8 Convenção Americana de Direitos Humanos), Opinião Consultiva OC-9/87 de 6 de outubro de 1987, série A, n. 9, § 24; *Caso Abrill Alosilla e outros vs. Peru,* sentença de 4 de março de 2011, Mérito, Reparações e Custos, série C, n. 223, § 75.

98 *Caso Herrera Ulloa,* cit., § 163.

garanta um exame integral da decisão recorrida" (*tradução nossa*).[99] Essa decisão está provocando uma revisão dos recursos desenhados nos diferentes países, sem que ainda se haja estabelecido uma forma claramente admissível. De qualquer forma, o que a Corte IDH sinalizou se refere à existência de alguma forma de revisar como o tribunal estabeleceu os fatos do caso, já que não é admissível que um erro na valoração da prova fique sem nenhum tipo de controle.

Por último, no caso específico da condenação à pena de morte, a Corte IDH é ainda muito mais exigente já que existe

> "a obrigação de garantir que o direito a impugnar a imposição de pena capital, por meio de indulto, anistia ou comutação, possa ser exercido pelo condenado à pena de morte de maneira efetiva. Assim, o Estado tem a obrigação de implementar um procedimento dessa índole que se caracterize pela imparcialidade e transparência, pelo qual o condenado à pena capital possa fazer valer de maneira certa todos os antecedentes que acredite pertinentes para ser favorecido com o ato de clemência" (*tradução nossa*).[100]

3.4 Direitos ou garantias vinculadas com a efetividade da defesa

3.4.1 Direito a investigar o caso e a propor provas

A Corte IDH preocupou-se em indicar com clareza que a defesa deve ser efetiva. Primeiramente, isso implica que, no processo, exista a possibilidade real das partes de propor e discutir acerca da prova. É preciso, como diz a Corte IDH, que exista um maior equilíbrio entre as partes, para a devida defesa de seus interesses e direitos. Isso implica, dentre outras coisas, que a defesa seja regida pelo princípio do contraditório.[101] Inclusive o princípio foi ressaltado a respeito das próprias atuações ante a mesma Corte IDH,[102] e assim estabelece seu próprio regulamento de atuações (art. 35, e).

Para que este seja um direito efetivo, é determinante que o acusado e seu defensor tenham possibilidades reais de investigar e propor provas. Não só a previsão legal de instâncias e momentos processuais específicos para fazê-lo, mas também a possibilidade real de realizar investigações para encontrar esses elementos de prova. Tanto no caso da advocacia privada quanto no caso dos órgãos de advogados da defesa

99 Ibidem, §. 165. Foi reiterada esta doutrina no *Caso Mohamed vs. Argentina* de 23/11/2012.

100 *Caso Hilaire, Constantine e Benjamín e outros,* cit., § 188. No mesmo sentido, *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*, sentença de 20 de junho de 2005, série C, n. 126, § 188.

101 *Condição Jurídica e Direitos Humanos da criança,* cit., § 132.

102 *Caso Acosta Calderón,* cit., § 40; *Caso Yatama,* cit., § 106; *Caso Fermín Ramírez,* cit., § 43; *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa,* cit., § 29, e *Caso da Comunidade Moiwana,* cit., § 76.

pública, isso constitui, ainda hoje, uma dificuldade difícil de superar. As diferentes legislações incluem cláusulas de "auxílio", por parte do Ministério Público ou "dos próprios juízes". Contudo, continua sendo, inclusive com essas previsões legais, um problema ainda não solucionado. Alguns órgãos de defensoria pública contam com fundos especiais para realizar alguns meios de prova (perícias, por exemplo) ou com investigadores próprios. No entanto, trata-se, ainda, de iniciativas incipientes e insuficientes.

A Corte IDH apontou que é exigível, segundo a CADH, que "um litigante possa fazer valer seus direitos e defender seus interesses de forma efetiva e em condições de igualdade processual com outros litigantes".[103] Assim, vem utilizando, como vimos, o adjetivo "adequada" para qualificar a defesa.[104] Também vem usando a frase "verdadeira defesa", e rejeitando a defesa aparente e exigido uma defesa "diligente".[105] Todos esses adjetivos e frases supõem, em consequência, o direito a "uma efetiva defesa eficaz", isto é, o direito a ter uma defesa proativa e não meramente crítica da acusação.

3.4.2 Direito a contar com suficiente tempo e possibilidades para preparar a defesa

Tal como vimos, a Corte IDH reiterou que não só existe o direito convencional a defender, mas também a uma defesa "efetiva". Nesse sentido, a defesa deve ser "oportuna", isto é, com o tempo suficiente para que possa produzir efeitos. Não se pode "[i]mpedir que a pessoa exerça seu direito de defesa desde que se inicie a investigação contra ela e a autoridade disponha e execute atos que impliquem afetação de direitos" (*tradução nossa*).[106]

O exercício da defesa deve ser não só permitido, mas também favorecido. Constitui uma violação, como já se disse, que se comprometa toda forma de comunicação entre o acusado e o defensor, como também que não seja fornecida. Nesse sentido, disse com clareza:

> "A restrição ao trabalho dos advogados defensores e a escassa possibilidade de apresentação de provas de defesa foram demostradas neste caso. Efetivamente, os réus não tiveram conhe-

103 *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros vs. Trindade e Tobago*, sentença de 21 de junho de 2002, série C, n. 94, § 146.

104 *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*, sentença de 2 de fevereiro de 2001, série C, n. 72, § 92; *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*, sentença de 20 de junho de 2005, série C, n. 126, § 78.

105 *Caso Cabrera García e Montiel Flores,* sentença de 26 de novembro de 2010, série C, n. 220, § 155.

106 Ibidem, § 154.

cimento oportuno e completo das imputações que lhes faziam; as condições em que atuaram os defensores foram absolutamente inadequadas para seu efetivo desempenho e só tiveram acesso ao processo no dia anterior ao da emissão da sentença da primeira instância. Em consequência, a presença e atuação dos defensores foram meramente formais. Não se pode argumentar que as vítimas contaram com uma defesa adequada" (*tradução nossa*).[107]

3.4.3 Paridade de armas na produção e controle da prova e no desenvolvimento das audiências púbicas e contraditórias

A jurisprudência, que já citamos, estabelece com clareza que uma das condições do julgamento imparcial consiste no verdadeiro contraditório; por exemplo, "interrogar as testemunhas apresentadas contra o acusado e aquelas que depõem a seu favor, nas mesmas condições que o Estado, a fim de se defender".[108] A "imposição de restrições à suposta vítima e ao advogado defensor viola esse direito, reconhecido pela Convenção, assim como o de fazer comparecer pessoas que possam lançar luz sobre os fatos" (*tradução nossa*).[109]

A Corte IDH instituiu que um julgamento verdadeiramente imparcial (devido processo) deve garantir a igualdade entre os sujeitos do processo. Até o ponto que "a presença de condições de desigualdade real obriga a adotar medidas de compensação".[110] A obstrução da justiça que se manifesta em obstáculos à recepção e apresentação de provas admissíveis constitui uma violação da Convenção Americana já que afeta o direito à defesa.[111] A Corte também apontou recentemente que as medidas especiais de investigação, tais como testemunhas reservadas e outros, devem ser estabelecidas com cuidado e com suficientes proteções.[112]

107 *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru,* sentença de 30 de maio de 1999, série C, n. 52.

108 Cf. *Caso Barreto Leiva,* cit., § 30; *Caso Palamara Iribarne,* cit., § 225, e *Caso Acosta Calderón*, cit., § 118.

109 *Caso Lori Berenson Mejía,* cit., § 185. Ver também *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa,* cit., § 117; *Caso Ricardo Canese,* cit., §§ 164 e 166, e *Caso Castillo Petruzzi e outros,* cit., § 155.

110 *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados,* cit., § 121; *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Âmbito das Garantias do Devido Processo Legal,* cit., §§ 117 e 119; e *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros,* cit., ver nota ao pé 131.

111 Cfr. *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa,* cit., §§. 116 e 117; *Caso Lori Berenson Mejía*, cit., § 167; *Caso Ricardo Canese,* cit., § 164; *Caso Myrna Mack Chang*, cit., §§ 164-211; *Caso As Palmeiras,* cit., § 57; *Caso do Tribunal Constitucional,* sentença de 31 de janeiro de 2001, série C, n. 71, § 83; *Caso Cantoral Benavides,* cit., § 127; *Caso Castillo Petruzzi e outros,* cit., § 153, e *Caso da "Panel Blanca" (Paniagua Morales e outros),* sentença de 8 de março de 1998, série C, n. 37, § 150.

112 A Corte também levará em conta se, nos casos concretos, o Estado garantiu que a afetação ao direito de defesa dos acusados que se derivou da utilização da medida de reserva de identidade de testemunhas, estivesse suficientemente compensada por medidas de contrapeso, tais como as seguintes: a) a

3.4.4 Direito a contar com um intérprete de sua confiança e à tradução dos documentos e provas

Em todo momento, o acusado deve ter livre acesso à informação necessária para sua defesa, de um modo tal que seja compreensível e de fácil acesso. Sem dúvida, o primeiro problema que há que se resolver é a barreira idiomática. A Corte IDH lidou, com certa frequência, com esses casos, não só quando se trata de estrangeiros, mas também em relação a povos indígenas que, em alguns países latino-americanos, constituem porcentagens importantes, se não maioritárias, da população. Nesse sentido, afirmou:

> "Os estrangeiros detidos em um meio social e jurídico diferente dos seus, e muitas vezes com um idioma que desconhecem, experimentam uma condição de particular vulnerabilidade, que o direito à informação sobre a assistência consular, no âmbito do universo conceitual dos direitos humanos, busca remediar de modo tal de garantir que a pessoa estrangeira detida desfrute de um verdadeiro acesso à justiça, seja beneficiária de um devido processo legal em condições de igualdade com quem não vivencia essas desvantagens, e goze de condições de detenção compatíveis com o respeito ao devido processo à dignidade das pessoas. Para alcançar seus objetivos, o processo deve reconhecer e resolver os fatores de desigualdade real de quem é levado diante da justiça […]. A presença de condições de desigualdade real obriga a adotar medidas de compensação que contribuam para reduzir ou eliminar os obstáculos e deficiências que impeçam ou reduzam a defesa eficaz dos próprios interesses" (*tradução nossa*).[113]

Nesse sentido, dentro das compensações que se devem realizar para facilitar uma defesa e preservar as condições de igualdade próprias do julgamento imparcial, "Dispõe-se de tradutor a quem desconhece o idioma em que se desenvolve o procedimento, e também por isso mesmo se atribui ao estrangeiro o direito a ser informado oportunamente de que pode contar com assistência consular. Estes são meios para que os inculpados possam fazer pleno uso de outros direitos que a lei reconhece a todas as pessoas. Aqueles e estes, indissoluvelmente vinculados entre si,

autoridade judiciária deve conhecer a identidade da testemunha e ter a possibilidade de observar seu comportamento durante o interrogatório com o objetivo de que possa formar sua própria impressão sobre a confiabilidade da testemunha e sua declaração e b) deve conceder-se à defesa uma ampla oportunidade de interrogar diretamente a testemunha em alguma das etapas do processo, acerca de questões que não estejam relacionadas com sua identidade ou paradeiro atual; o anterior com o objetivo de que a defesa possa apreciar o comportamento da testemunha sob o interrogatório, de modo que possa desacreditá-la ou, pelo menos, levantar dúvidas sobre a confiabilidade de seu depoimento (em *Caso Norín Catriman e outros vs. Chile,* de 29 de maio do ano 2014).

113 *Caso Vélez Loor,* sentença de 23 de novembro de 2010, série C, n. 218, § 152.

formam o conjunto das garantias processuais e concorrem para integrar o devido processo legal" (*tradução nossa*).[114]

4. Considerações finais

O julgamento imparcial, julgamento justo ou devido processo tem sido uma preocupação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, conforme demonstram sentenças nesse sentido. Como a Corte IDH vem utilizando o conceito de julgamento imparcial ou devido processo para se referir aos direitos de todos os sujeitos, tanto no processo penal quanto em outros processos, pôde desenvolver um pouco mais seu conceito. No que se refere à especial posição do acusado dentro do processo penal, teve oportunidade de ratificar *o sentido mais claro das normas da CADH,* mas não avançou muito mais.

Isso se produz, em grande medida, porque a Corte IDH se confrontou com casos em que a violação dos direitos do acusado era grave e evidente. Também teve influência o fato de que a grande maioria de casos que chegaram ou se refere a acusados submetidos a regimes excepcionais, tais como os previstos para o julgamento de terrorismo ou narcotráfico, ou se tratava de casos de imposição de pena de morte. Ainda que exista essa limitação, a Corte IDH estabeleceu com clareza a exigência internacional de uma *defesa criminal efetiva* e apontou alguns pontos-chave em seu conceito. Também fez menção a outros documentos nos quais se define, com maior clareza, o sentido de uma defesa oportuna, adequada e efetiva.

No contexto latino-americano, o uso dos precedentes é variado e fraco. Sem nenhuma dúvida, nos últimos anos se deu um uso progressivo das sentenças da Corte IDH pelos tribunais superiores dos diferentes países, mas, no interior da realidade nacional, também não existe um respeito claro e preciso dos precedentes. Ainda naqueles países que, por tradição francesa, mantêm sistemas de jurisprudência obrigatória, nem sempre os tribunais são precisos aplicadores dessa doutrina legal, que também não é geralmente conhecida em profundidade, seja pela tradição conceitualista do ensino legal, seja por um abuso do *obiter dictum* nas próprias sentenças que deveriam estabelecer precedentes.

Como apontamos na introdução, este conjunto de variáveis, próprias de nossa região, constitui limites, mas também gera um âmbito de desafios a esta pesquisa.

114 *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Âmbito das Garantias do Devido Processo Legal,* cit., § 120.

Um desafio vivenciado em um período de especial fortalecimento do direito de defesa, em geral, e das defesas públicas, em particular. Ainda há um longo caminho a percorrer, mas começar a estabelecer com toda clareza quais são os parâmetros de uma defesa efetiva, e iniciar a discussão sobre sua permanente ampliação, com base em uma aplicação progressiva dos direitos, é, sem dúvida, uma das grandes tarefas que temos pela frente.

5. Bibliografia

Binder, Alberto. *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal.* Buenos Aires: Ad Hoc, 2000.

Cape, Ed e outros. *Effective in Europe*. Antwerp: Intersentia, 2010.

Cape, Ed; Namoradze, Zaza. *Effective Criminal Defense in Eastern Europe*. Moldova: Soros Foundations, 2012.

Duce, Mauricio e Riego, Cristian. *Proceso penal*. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007.

García Ramírez, Sergio. "Las garantías constitucionales del debido proceso penal". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,* ano 12, t. II (2006).

García Ramírez, Sergio. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México D.F.: Ed. Porrúa, 2007.

García Ramírez, Sergio; Negrette Morayta, Alejandra. *El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México D.F.: Instituto de la Judicatura Federal Escuela Judicial, 2012.

Maier, Julio B. J. *Derecho procesal penal. Fundamentos*, 2ª ed. Buenos Aires: Ed. del Puerto, 1996.

Malarino, Ezequiel. "Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Autores Vários. México: KSA, 2010.

Medina Quiroga, Cecilia. *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial.* Santiago

do Chile: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003.

Narvaja, Sebastián. *Sobre el concepto de debido proceso o juicio justo.* Buenos Aires: Inecip, 2012.

Pastor, Daniel. "La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos: ¿garantías para el imputado, para la víctima o para el aparato represivo del estado?". *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional,* ed. Ambos, Kai e outros. México: KAS, 2011.

Riego, Cristián; Duce, Mauricio. *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina*. Santiago do Chile: Ceja, 2011.

Salmón, Elizabeth; Blanco, Cristina. *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima: Universidad Católica del Perú, 2012.

PARTE II

ESTRATÉGIAS NACIONAIS EFETIVAS PARA A DEFESA CRIMINAL

Lucas Gilardone
Sebastián Narvaja

CAPÍTULO 3. ANÁLISE POR PAÍS. ARGENTINA[1]

1. Introdução

1.1 Informação política e demográfica

A população da Argentina é de 41.281.631 habitantes.[2] Está composta por 24 estados e a Cidade Autônoma de Buenos Aires, que possui um regime especial de governo.

Este estudo se desenvolve sobre três dessas jurisdições: Córdoba, localizada no centro do país, com 3.304.825 habitantes, dos quais aproximadamente 1.300.000 residem na capital de mesmo nome. Chubut está na Patagônia, ao sul do país; de seus 506.668 habitantes, aproximadamente 180.000 moram em Comodoro Rivadavia e 40.000 na capital do estado, Rawson. O estado de Buenos Aires encontra-se no centro-leste e tem 15.625.024 habitantes, a maioria agrupada ao redor da cidade de Buenos Aires; sua capital é La Plata, com 654.324 habitantes.

A Argentina se tornou independente da Espanha entre 1810 e 1816, mas somente pode contar com uma Constituição Nacional (CN) em 1853. Estabeleceu

1 Sebastián R. Narvaja foi o responsável pela direção da pesquisa. O grupo de pesquisa foi conformado por: Lucas Gilardone, pesquisador principal (advogado pela Universidad Nacional de Córdoba [UNC], membro do Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales [Inecip Córdoba], LLM em Direitos Humanos [Central European University — Budapest 2008]; Open Society Justice Initiative Fellow [2007-2009]); Celeste Leonardi (advogada pela Universidad Nacional de La Plata [UNLP] é candidata ao mestrado em Direitos Humanos da UNLP); Federico Espiro (advogado pela UNLP e atual procurador de estado adjunto do estado de Chubut), Luciano Caliva (advogado pela Universidad Empresarial Siglo 21 e membro do Inecip) e Magali Vereda (advogada pela UNC e membro da Frente Organizado contra el Código de Faltas). Este capítulo foi revisado por Alfredo Pérez Galimberti e Francisco G. Marull.

2 Projeção a partir do censo de 2010.

um regime político representativo, republicano e federal, com um ciclo de interrupções cívico-militares que iniciou em 1930 e terminou em 1983 com o restabelecimento democrático. Esse processo foi consolidado com a reforma da Constituição em 1994, que incorporou uma série de tratados internacionais de direitos humanos.

1.2 A seleção de jurisdições

Os estados de Córdoba, Chubut e Buenos Aires representam três momentos diferenciados no processo da reforma da justiça penal: Córdoba foi a pioneira no movimento de reformas, mas sofreu uma deficiente implementação e apresenta graves retrocessos; Chubut avançou com maior firmeza e apresenta os melhores indicadores no âmbito nacional e Buenos Aires se encontra em um ponto intermediário e com grandes assimetrias entre suas principais cidades. A dispersão de processos de reforma impossibilita apresentar uma análise compreensiva de toda a Argentina.

1.3 Descrição do sistema de justiça criminal. Estruturas organizacionais e reformas

Cada estado tem seu próprio sistema de justiça. Há uma legislação comum para todo o país, mas os códigos processuais são próprios de cada estado.[3] A Argentina herdou da Colônia espanhola sistemas processuais inquisitoriais, formalistas, secretos, conduzidos por um juiz investigador, com limitada participação da defesa e uma lógica burocrática centralizada em um processo ou sumário formal e escrito.[4]

Em 1939, iniciou-se em Córdoba um processo de reformas com um novo código de procedimentos penais. Manteve a investigação nas mãos de um juiz de instrução inquisidor, mas estabeleceu um julgamento público perante um tribunal colegiado, com a acusação sob responsabilidade de um promotor e com garantia de defesa para o acusado.[5]

A partir da restauração democrática de 1983, surgiu um novo movimento de reformas processuais orientado a dar continuidade ao plano constitucional e aos avanços

3 Existe um sistema de justiça federal com competência em casos excepcionais, geralmente, quando se envolvem questões que afetam o Estado nacional.

4 A linguagem forense tradicional identificou o caso com "a causa", entendida como o documento escrito deste: o processo.

5 Esse novo código teve uma grande influência em muitos estados argentinos e em outros países da região. Por exemplo, na Costa Rica. Ver Langer, 2008. Também Vélez Mariconde, 1969, pp.169-194.

da década de 1930. Esse processo se desenvolveu e continua em movimento dinâmico de modo fragmentado, com ritmos claramente autônomos em cada jurisdição estadual e no âmbito federal.

As mudanças em cada jurisdição não correspondem a programas políticos homogêneos (como reformas constitucionais nacionais), mas sim a avanços a partir do ativismo de especialistas e acadêmicos, impulsos sociais convulsivos em casos de impunidade ou de abuso da força pública, jurisprudência dos tribunais, jurisprudência da Suprema Corte de Justiça da Nação (CSJN, em espanhol) ou da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

Em Córdoba um novo sistema processual entre 1991 e 1998 foi implementado. A investigação foi atribuída ao Ministério Público;[6] pretendeu-se fortalecer o sistema de julgamento oral, incorporou-se um sistema de participação popular nos tribunais de julgamento (integrados por três juízes profissionais e dois cidadãos leigos), ampliaram-se as garantias de defesa e recurso ao controle jurisdicional dos acusados, e estabeleceu-se um juiz de garantias constitucionais durante a investigação. Contudo, dois aspectos preservam a origem inquisitorial: os procuradores ordenam a prisão preventiva em forma autônoma, e os juízes entram no julgamento "contaminados" com a investigação (e a teoria do caso) do procurador, porque a investigação se formaliza em um processo que se remete a esses tribunais. Além disso, os registros desse processo costumam ser incorporados como prova no julgamento, substituindo os depoimentos de testemunhas ou de especialistas, o que dificulta sua contestação.

Em 2005, introduziu-se o julgamento com jurados para casos muito graves,[7] integrado por três juízes profissionais e oito cidadãos que resolvem questões de fato, de direito e sobre aplicação de pena. Isso fortaleceu o julgamento público porque se proíbe que os jurados acessem os registros do processo, e toda prova deve ser produzida no julgamento.

Em Chubut, o processo de reformas começou em 1999, mas acabou sendo paralisado pela oposição dos juízes à nova modalidade de "Colégio de Juízes", previsto no projeto aprovado nesse ano.[8] Trata-se de uma figura organizacional-chave

6 Salvo para quando o acusado conta com privilégios constitucionais, caso em que um juiz de instrução investigará.

7 Tipicamente, homicídios, delitos sexuais graves e alguns delitos de funcionários públicos.

8 Lei V 127 2, 3 e 4. Um mesmo juiz criminal pode cumprir os papéis de juiz de garantias, de apelação de contravenções, de execução ou juiz de julgamento, em forma unipessoal para atender aos casos com penas de até seis anos ou de ação privada, e integração de dois ou três juízes, em impugnação das decisões de outro juiz do mesmo Colégio, como no caso da prisão preventiva. Os juízes de câmara atendem ao recurso amplo do acusado contra a sentença condenatória, a denegatória da

para a horizontalização da organização judicial, pressuposto de uma conformação democrática do Judiciário.[9] Em 2006, aprovou-se o novo Código.[10] A transição se deu por encerrada em 2009, e o novo sistema está plenamente operativo. Chubut apresenta hoje a estrutura mais acusatória e adversarial com plena vigência na Argentina. Seu sistema de defesa pública talvez seja o mais bem estruturado do país.

Buenos Aires reformou seu Código em 1998 e aprovou um conjunto de leis que deram forma a um sistema adversarial, particularmente na organização de seu Ministério Público. Sofreu um processo de contrarreforma até 2003, que outorgou aos procuradores poderes excessivos para ordenar a privação da liberdade.

Em Córdoba e Buenos Aires, mantém-se uma estrutura organizacional de tribunais de forma piramidal rígida, formalista e com grande ênfase na cultura burocrática "do processo". As Procuradorias desses estados se articulam do mesmo modo e com as mesmas tendências, o que contribui para a diminuição de sua capacidade de investigação, que terminam delegando às polícias.

Pelo contrário, em Chubut, os juízes se organizam em colégios e cumprem diversas funções em forma rotativa. Desse modo, têm "radicalizado"[11] a oralidade como o método habitual de tomada de decisões. A cultura organizacional é desformalizada e horizontalizada já que os elementos centrais para a tomada de decisões são produzidos em uma audiência presidida por um juiz e não em um trâmite burocrático. A duração de cada caso é reduzida e é facilitado o exercício das garantias do acusado.

Nos outros estados, há juízes correcionais que atendem a casos com penas de até três anos (seis em Buenos Aires) ou de ação privada;[12] juízes de garantias que preservam a legalidade e os direitos do acusado durante a etapa de investigação anterior ao julgamento[13] e juízes de execução penal.[14] Em Córdoba, há um tribunal específico para recorrer das decisões de juízes de instrução e resolver questões de

suspensão condicional do processo ou ao julgamento abreviado. Ver Código Processual Penal de Chubut (doravante, CPPCH) 71 e 72.

9 No contexto nacional, a maior parte das violações à independência judicial não provém de intervenções de outros poderes, mas sim da afetação da autonomia "interna", isto é, das pressões dos tribunais de superior hierarquia. Essas manifestações não costumam revestir a forma de mandatos jurisdicionais, mas de pressões informais ou por via de medidas de tipo administrativo. Ver Binder, 2004.

10 Inspirado no primeiro código e num projeto do Inecip de 2005.

11 Schiappa Pietra, 2011, p. 25.

12 Código Processual Penal de Córdoba, CPPC, 37; Código Processual Penal de Buenos Aires, CPPBA, 24.

13 Chamados juízes de câmara ou tribunal. CPPC, 34; CPPBA, 22.

14 CPPC, 35 bis; CPPBA, 25.

competência entre tribunais inferiores,[15] e a Câmara Criminal do Superior Tribunal de Justiça (doravante, TSJ, em espanhol) dita recursos de cassação, inconstitucionalidade e revisão de sentenças.[16] Em Buenos Aires, há um tribunal específico para recursos de cassação,[17] e a Suprema Corte Provincial atende a recursos extraordinários (doravante, SCPBA).[18] Em todos os casos, a jurisdição última é a da CSJN.

O Ministério Público é o responsável por investigar e acusar nos três estados.[19] Em Chubut, o mesmo procurador pode investigar e processar cada caso;[20] enquanto em Córdoba, o procurador de instrução investiga e o procurador da câmara processa. Em Buenos Aires, os procuradores investigam e litigam, embora na prática haja um procurador para a investigação e outro para o julgamento.[21]

Nos três estados, é garantida a presença de um advogado desde o primeiro momento da investigação, embora não seja comum haver uma interação ampla entre defensores públicos e advogados particulares.

As decisões judiciais são aplicáveis estritamente para cada caso e não têm efeitos *erga omnes,* ainda que as cortes estaduais e federais que atendem aos recursos de cassação e a CSJN tenham a função de unificar a jurisprudência a respeito dos pontos específicos da lei. Contudo, os tribunais inferiores conservam o poder de afastar-se dela, pois somente os vincula uma "obrigação moral" de obedecer a tal jurisprudência.

É muito difícil obter informação de qualidade em matéria judicial devido a uma fraca tradição acadêmica de pesquisa na matéria e a um desinteresse das instituições pela produção de informação em quantidade e qualidade. Isso define um panorama de pobreza nas discussões dos políticos sobre as políticas de reforma judicial.

No entanto, existem esforços de atores da sociedade civil e da rede de especialistas reformistas para orientar o processo com base em informação confiável. [22]

15 Chamada Câmara de Acusação (CPPC, 35).

16 CPPC, 33.

17 CPPBA, 20.

18 CPPBA, 19 e Título IV.

19 CPPC, 71; CPPCH, 112; CPPBA, 56.

20 Em cada circunscrição, a Procuradoria-Geral se organiza em três agências: depuração, saídas rápidas e delitos complexos, com um ou mais procuradores e funcionários. Nos casos complexos, busca-se que o procurador que investiga participe ao julgamento. Os casos de baixo potencial ofensivo levam, geralmente, a alternativas penais.

21 CPPCH, 112; CPPC, 73, 75; CPPBA, 59. Em Buenos Aires, as diferenças entre os procuradores de investigação e os de julgamento não estão expressas nas normas.

22 Nesse contexto, tem sido fundamental que a rede latino-americana de especialistas reformistas dê uma dimensão regional a esses processos, promovendo a pesquisa e a difusão de ferramentas de análise de políticas públicas em matéria de justiça criminal. Para isso, foi central o papel do material

1.4 Descrição do processo penal. Procedimentos e reformas

Os três estados possuem um sistema de predomínio acusatório, embora com diferenças marcadas, tanto no âmbito normativo quanto no prático. O processo penal está estruturado nos códigos processuais penais, que definem também parte das funções dos órgãos do sistema de justiça.[23] Em Chubut e Buenos Aires, foram criadas leis orgânicas da defesa para torná-las independentes de outras instituições, enquanto em Córdoba não existe uma lei orgânica de defesa pública.[24]

1.4.1 O início da persecução penal

Formalmente, a investigação penal começa em Córdoba com a declaração do indiciado e dura três meses; o procurador pode pedir ao juiz outros três meses ou doze, em casos de suma gravidade e complexa investigação.[25] Em Buenos Aires, começa com a detenção ou depoimento do indiciado e durará quatro meses, prorrogáveis por dois meses com conhecimento do juiz que, em casos excepcionais, poderá conceder até seis meses.[26] Em ambas as províncias, deverão ser retiradas as acusações se nesse prazo não tiver sido completada a investigação. Contudo, os juízes têm interpretado que esses prazos são "ordenatórios", privando-os de todo efeito prático.[27]

Em Chubut, o procurador formaliza a abertura da investigação, que durará seis meses. O juiz pode conceder a extensão de até quatro meses se forem justificados

produzido ou patrocinado pelo Centro de Estudios de Justicia de las Américas (Ceja) e outras organizações que promovem pesquisas e difundem resultados e recomendações relevantes para a tomada de decisões quando se debatem políticas locais. A respeito, ver Langer, 2010.

23 Lei 8.123, CPPC; Lei V 9, CPPCH; Lei 11.922, CPPBA.

24 Lei V 90, Lei Orgânica do Ministério Público da Defesa de Chubut (doravante, LODP-CH); Lei 14.442 (doravante, LODP-BA); Lei 7.192 de Assistência Jurídica Gratuita de Córdoba (doravante, LAJG). A CN estabelece um modelo de dois ministérios públicos diferenciados: o procurador-geral da nação atua como chefe dos procuradores, e o defensor geral da nação atua como chefe dos defensores. Cada estado organiza seu próprio sistema de justiça, mas se reconhece um mandato implícito sobre o modelo de estrutura organizacional para os sistemas de defesa pública, por oposição ao modelo histórico tradicional no qual os defensores públicos dependiam dos juízes ou dos procuradores superiores. Somente Chubut e a nova lei de Buenos Aires reproduzem esse modelo (CN, 120).

25 CPPC, 337.

26 CPPBA, 282, 283.

27 A polícia somente intervém diretamente em casos de flagrante: coleta de elementos de prova e interrogatório dos suspeitos e testemunhas (embora em Córdoba e Chubut só possam fazê-lo para identificá-los). Se tiver elementos suficientes para abrir uma investigação formal, remete a informação coletada ao Ministério Público. CPPC, 304, 314, 276; CPPCH, 261, 266; CPPBA, 268. CPPC, 321, 326; CPPCH, 266; CPPBA, 269, 293, 297.

pela pluralidade de indiciados ou pelas dificuldades investigativas. Se alguma medida específica não pode ser desenvolvida durante esse período, poderá pedir a extensão de até quatro meses. Cumprido esse prazo, a investigação se encerra. [28]

1.4.2 A acusação e a liberdade

Em Córdoba, o procurador determina se há razões suficientes para atribuir um delito a uma pessoa. Em tal caso, acusa-a formalmente, interroga-a e informa sobre a causa de sua acusação e seus direitos.[29] Pode ordenar a prisão preventiva, e a defesa pode impugná-la ante um juiz mediante uma moção escrita. Geralmente, os juízes confirmam a decisão do procurador.[30] O procedimento é por escrito, exaustivo e prologado, enquanto o acusado continua preso.

Em Buenos Aires, o procurador deve solicitar a prisão preventiva perante um juiz.[31] Isso, contudo, não impede que os juízes confirmem os pedidos dos procuradores, como em Córdoba. Em Chubut, o procurador decide, dentro dos 15 dias de iniciado um inquérito preliminar, se começa formalmente a investigação, desestima a denúncia ou inquérito policial, arquiva o caso, aplica um critério de oportunidade ou convoca uma audiência de conciliação.[32] No primeiro caso, o juiz convoca o acusado a uma audiência oral e pública para informar-lhe formalmente sua acusação e garantir sua defesa.[33] Se o acusado foi detido, o juiz convoca dentro de 48 horas a uma audiência de controle de sua detenção para resolver se ele continuará ou não nessa situação. Enquanto em Córdoba e Buenos Aires a discussão sobre prisão preventiva ocorre com o acusado já preso, em Chubut não se resolve sobre a privação da liberdade sem audiência prévia.

Chubut e Buenos Aires têm normas sobre critérios de oportunidade que permitem ao procurador arquivar um caso por considerações político-criminais, embora somente sejam utilizadas em Chubut.[34] Em Córdoba, a lei obriga aos procuradores investigarem todos os casos, ainda que na prática abandonem uma

28 CPPCH, 274, 282, 283.
29 CPPC, 306.
30 CPPC, 269, 338.
31 CPPBA, 146, 158.
32 CPPCH, 269.
33 CPPCH, 274. Também se decide em audiência em etapas posteriores, CPPCH, 219, 223.
34 CPPCH, 44; CPPBA 56, 56 bis.

enorme quantidade deles.[35] Informalmente admitem que apenas investigam casos de pessoas presas, com demandante particular, de delitos muito graves ou com funcionários públicos envolvidos.[36]

Em Chubut e Buenos Aires se prevê, desde o início do conflito, a adoção de medidas alternativas como a conciliação ou reparação.[37]

1.4.3 A acusação

Se o procurador considerar que a investigação está completa e tem provas suficientes, apresenta a acusação e leva a julgamento; se não contar com provas, despronuncia-o (em Córdoba) ou pede ao juiz seu arquivamento (em Chubut e Buenos Aires).[38] A acusação deve conter os dados pessoais do acusado, uma descrição clara, precisa e específica do fato, os fundamentos da acusação e a qualificação legal. Em Buenos Aires, além disso, deve indicar as circunstâncias que permitam encaixar o fato em um tipo penal diverso.[39] Em Chubut deve conter o nome e domicílio do defensor, os meios de prova que propõe, as circunstâncias que permitam determinar a pena ou a medida de segurança (com a prova que a ateste) e a pretensão punitiva provisória.[40]

Então, abre-se uma etapa "intermediária" para controlar os fundamentos da acusação e a admissibilidade das provas. Em Córdoba e Buenos Aires, tanto a acusação do procurador quanto as moções do acusado se formulam por escrito; o juiz resolve as questões e decide se leva ou não o caso a julgamento.[41] Essa decisão do juiz é apelável, tanto pelo acusado quanto pelo procurador.[42] O processo é escrito, formalista e lento. Isso impede uma litigância de qualidade sobre as moções e sobre a admissibilidade da prova.

35 CPPC, 5.

36 O restante dos casos tipicamente se encerra por prescrição. Isso incide na seleção de casos e retroalimenta uma seletividade penal enfocada na persecução dos delitos que permitam impor prisão preventiva.

37 CPPCH, 47, 48; CPPBA, 56 bis.

38 CPPC, 354, 348, 350; CPPCH, 284, 291, 285; CPPBA, 334, 334 bis, 323.

39 CPPC, 355; CPPBA, 335.

40 CPPCH, 291.

41 CPPC, 357, 358; CPPBA, 336, 337.

42 CPPC, 358, 352; CPPBA, 337, 325.

Em Chubut, o litígio sobre a procedência e o conteúdo da acusação se desenvolve em uma audiência oral na qual o juiz resolverá cada questão. A decisão de abertura do julgamento é inapelável. Somente pode impugnar-se a sentença no julgamento oral. [43]

1.4.4 O julgamento

Nos três estados, os julgamentos são orais e públicos.[44] Em Córdoba e Buenos Aires, os juízes não assumem seu papel imparcial e intervêm nos interrogatórios fazendo perguntas às testemunhas. Os procuradores costumam limitar-se a reproduzir os registros da investigação formal, e os defensores costumam limitar-se a criticar a prova da procuradoria. Normalmente, carecem de uma teoria do caso própria e de uma investigação independente que a sustente.

Em compensação, as práticas em Chubut têm sido mais adequadas ao sistema acusatório; as partes são mais ativas na construção e apresentação de seus casos, e a intervenção excessiva dos juízes permite fundamentar a impugnação ampla da sentença condenatória. Se os juízes condenarem o acusado, este poderá recorrer.

A centralidade do julgamento tem sido enfatizada pela CN e as estaduais. A CSJN ratificou em um *dictum* que "o processo penal de um sistema de justiça horizontalmente organizado não pode ser outro senão o acusatório, público […]. A partir disso que nossa Constituição prevê como meta o julgamento criminal por jurados, necessariamente oral e, consequentemente, público" (*tradução nossa*).[45] Além disso, a CSJN enfatizou a importância de que a prova se apresente em julgamento: "A clara ofensa ao direito de defesa produzida no caso pela incorporação por leitura dos testemunhos de acusação torna inútil o exame dos restantes agravos da recorrente, invocados sob a perspectiva das exigências constitucionais de oralidade, publicidade e imediação do debate" (*tradução nossa*).[46] Lamentavelmente, os tribunais de Córdoba e Buenos Aires continuam validando a incorporação de testemunhos por sua leitura.

43 CPPCH, 295, 297, 298.

44 Existe uma modalidade de julgamento "abreviado", na qual o indiciado e seu defensor acordam com o procurador e com o juiz assumir alguma responsabilidade e evitar o debate, em troca de certa certeza e razoabilidade na condenação. Com essa modalidade, em certa medida assimilável aos sistemas de *plea bargain*, resolve-se a maior parte dos casos.

45 CSJN, C. 1757 XL, *Casal, Matías Eugenio e outro s/ roubo simples grau de tentativa — Causa 1681C*, sentença de 20 de setembro de 2005.

46 CSJN, B. 1147 XL, *Recurso de fato deduzido pela defesa de Aníbal Leonel Benítez em Benítez, Aníbal Leonel s/ lesões graves — Causa 1524C,* sentença de 12 de dezembro de 2006.

1.4.5 As vítimas e seus direitos

Nos três códigos, inclui-se a participação das vítimas, antes e durante o julgamento. Elas têm direito a apresentar provas, obter informação e, inclusive, impulsionar a ação penal como demandantes particulares. Podem controlar e participar das decisões relativas à liberdade do acusado, pedir e controlar medidas cautelares.[47]

1.4.6 O controle das garantias

Nos três estados, os juízes cumprem a função de controlar as garantias do acusado durante a investigação. Na prática, salvo exceções, raramente contrariam as conclusões e solicitações do procurador. Somente em Chubut se nota uma maior diligência para exercer esse papel. Em Córdoba e Buenos Aires, a estrutura tradicional de juízes de garantias "ligados" a uma procuradoria gera uma dinâmica de compadrio na qual eles evitarão asperezas com aqueles que percebem como companheiros de trabalho. Desse modo, prejudica-se a sua posição de imparcialidade.

1.5 Problemas sociais e políticos vinculados à justiça penal

Os dados oficiais demonstram que 6,1% (33% ou 18,2%, segundo outras fontes) de pessoas estão abaixo da linha de pobreza.[48] De acordo com esses índices, os pobres se encontram sobrerrepresentados tanto nos cárceres quanto entre as vítimas de delitos. A composição étnica do país é predominantemente branca, de descendência europeia (85% da população), com 11% de mestiços, 1% de indígenas e 3% de outras etnias.

Existe uma alta percepção de insegurança, embora as estatísticas criminais sugiram que os níveis de delito não sejam particularmente altos para a média da região.[49] Essa percepção se traduz em pressões sociais e da mídia para aumentar o encarceramento, o que repercute, junto a outros fatores, em um uso abusivo da prisão preventiva.

47 CPPC, 96; CPPCH, 15; CPPBA, 83.

48 Ver INDEC 2013. O Governo suspendeu a publicação desses índices (www.indec.gov.ar/desaweb/uploads/gacetillasdeprensa/gacetilla_24_04_14.pdf). Segundo o CIPPES, em 2013, a desvalorização aumentou essa porcentagem em 33% e 18,2%, segundo a CTA.

49 De acordo com estatísticas oficiais, a taxa de homicídios dolosos cresceu desde seu auge de 9,2/100.000 em 2002 a 5,5/100.000 em 2009, último ano registrado. Ver MinJus 2013.

A Argentina foi vítima de dois ataques terroristas, em 1992 e 1994, que continuam impunes. Aprovaram-se leis antiterroristas em 2007[50] e em 2011,[51] reflexo das urgências derivadas do 11 de setembro. Estas são questionadas por organizações sociais e de direitos humanos, que sustentam essas leis que criminalizam o protesto social e são uma ameaça em um contexto conflitivo: grupos camponeses e indígenas resistem à expulsão de suas terras por parte de empresários poderosos, o que tem resultado na morte impune de vários líderes camponeses e indígenas nos últimos anos. O temor não parece infundado se for considerado que, no Chile, houve dezenas de detenções pela aplicação da lei antiterrorista, que criminaliza o protesto Mapuche.[52]

1.6 Definições metodológicas

Realizaram-se levantamentos normativos e jurisprudenciais nos três estados e solicitaram-se relatórios a gabinetes públicos, embora vários deles não tenham respondido aos pedidos no tempo e forma solicitados.[53] A informação corresponde a totais estaduais, ainda que as entrevistas e parte da informação estatística e empírica correspondam às cidades de Córdoba, Trelew, Comodoro Rivadavia e La Plata, o

50 A Lei 26.268, promulgada no dia 4 de julho de 2007, incorpora o art. 213 terceiro, que impõe de 5 a 10 anos de prisão aos que participem de uma associação ilícita que, mediante delitos, aterrorize a população ou obrigue o Governo ou organização internacional a realizar um ato ou abster-se de fazê-lo; e de 5 a 15 anos aos que a financiem, embora não cometam nenhum ato terrorista. Ver http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/125000-129999/129803/norma.htm.

51 A Lei 26.734 substitui o art. 213, terceiro, pelo 41 Quinquies, que duplica as penas para qualquer delito cometido com a finalidade de aterrorizar a população ou obrigar as autoridades públicas nacionais ou governos estrangeiros ou agentes de uma organização internacional a realizar um ato ou abster-se de fazê-lo. Ver http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/190000-194999/192137/norma.htm.

52 Em 2002, membros da Coordenadora de Comunidades em Conflito Arauko Malleko foram condenados aplicando a lei antiterrorista, o que implicou "uma supressão das garantias processuais para os acusados mapuche e que se traduziram […] no segredo da investigação por seis meses, a prolongada prisão preventiva, e a utilização de testemunhas sem rosto como principal prova de acusação" (*tradução nossa*) (Mella Seguel, 2007, p. 106).

53 Em Córdoba, pediu-se informação ao TSJ, ao Ministério Público, à Direção de Administração do Poder Judiciário (os três gabinetes repassaram o pedido a outros funcionários que, no melhor dos casos, admitiram que não contavam com a informação), ao gabinete de Sumários Administrativos do Poder Judiciário (que repassou às estatísticas do Gabinete de Investigações e Projetos do Poder Judiciário), à Diretora de Administração do Poder Judiciário, à Associação de Advogados e ao Tribunal de Disciplina de Advogados. Em Chubut foi solicitada informação à Defensoria Pública e às Associações de Advogados de Trelew e Comodoro Rivadavia. Em Buenos Aires foi solicitada informação à Secretaria de Política Criminal da Procuradoria-Geral, Direção de Estatística/Secretaria de Pessoal, Subsecretaria de Administração, Subsecretaria de Política Criminal do Ministério de Justiça e Segurança, que repassou à Superintendência de Polícia e, desta, à Secretaria Operativa ("gabinete de processos"), à Defensoria Geral e ao Ministério de Segurança.

que será esclarecido em cada caso. É notória a dificuldade para o acesso à informação oficial, em alguns casos porque não existe ou é irrelevante e, em outros, porque não existe uma cultura da transparência.

Entre 24 de julho e 8 de novembro de 2013, foram entrevistados juízes, procuradores, defensores, advogados e pessoas presas. Na Cidade de Córdoba, 14 pessoas foram entrevistadas;[54] na cidade de La Plata, 11 pessoas[55] e, na cidade de Trelew, 9 pessoas.[56]

2. Assistência jurídica gratuita

2.1 Os custos da defesa

2.1.1 Gasto em defesa pública por jurisdição

Não existe informação comparável entre os três estados porque refletem o orçamentário particular de organização institucional, seja porque a Defensoria Pública integra o Poder Judiciário, ou porque não são discriminadas as funções especificamente penais que a defensoria pública assume.

Em Córdoba somente se pôde acessar ao orçamento global do Poder Judiciário, equivalente a USD 255.538.153,31, que não discrimina quanto corresponde à Defensoria Pública.[57]

Em Buenos Aires, o orçamento da Defensoria Pública para 2012 foi de USD 73.969.181,18, mas sem discriminar entre a defensa penal e civil.[58] A Defensoria dos

54 Um juiz de julgamento, um juiz de garantias e um juiz de execução; dois procuradores de julgamento e um de instrução; um defensor público de acusados e dois de condenados; quatro advogados (três deles treinados especificamente para o litígio em contextos acusatórios); e três detidos.

55 Três juízes, um procurador, dois defensores públicos, dois advogados particulares e dois egressos.

56 Dois juízes, dois procuradores, dois defensores públicos, um advogado e dois detidos.

57 A cotação oficial do dólar estadunidense no momento da análise foi de 1 USD = $ 5,74 pesos argentinos. O estado indicou um orçamento de $ 1.466.789.000 pesos argentinos para o Poder Judiciário como um todo. Ver PresCba 2013, p. 453. Sobre a quantidade de assessores, ver PersonalCba 2013, p. 164. Uma amostra do reduzido orçamento da Defensoria Pública pode ser obtida da conta de gastos com viagens: durante 2012, USD 8.891,41 foram gastos em viagens dos defensores públicos e USD 10.235,89 foram projetados para 2013. Segundo o relatório da Diretora da Área de Administração do Poder Judiciário de Córdoba (doravante, DAAPJ), $ 51.036,70 pesos argentinos foram destinados para 2012 e $ 58.754 pesos argentinos foram projetados para 2013.

58 Segundo o relatório da Procuradoria-Geral da PBA de 28 de dezembro de 2012, $10.135.300 pesos argentinos foram destinados às defensorias dos tribunais de cassação e $424.583.100 pesos argentinos para as defensorias departamentais.

Tribunais de Cassação contou com um orçamento particular de USD 1.765.731,70. Isso significa um gasto de USD 1,52 por habitante no que tange à defesa pública em geral, e USD 0,11 por habitante para a Defensoria de Tribunais de Cassação.

Em Chubut, a Defensoria Pública contou com um orçamento anual para 2013 de USD 23.785.032,58 (3,26% menos que o Ministério Público, com USD 24.586.809,76). Não fica explícito que parte se destina à defesa criminal.[59] Isso significa um gasto de USD 46,94 por habitante a título de defesa pública.

2.1.2 Rendimentos de defensores públicos comparados com outros atores

Os defensores públicos em Córdoba recebem rendimentos entre USD 5.510 e USD 5.987,[60] dependendo do tempo de carreira, quer dizer, cerca de 8,78 a 9,55 vezes o salário-mínimo.[61]

Em Buenos Aires, os defensores públicos recebem entre USD 2.885 e 6.224,[62] dependendo do tempo de carreira, o que significa cerca 4,6 a 9,9 vezes o salário-mínimo.

Em Chubut, os defensores públicos recebem salários base de USD 4.162; os advogados adjuntos, USD 2.992, isto é, umas 6,63 e 4,77 vezes o salário-mínimo, respectivamente.[63]

Em todos os casos, contam com o mesmo salário base que os juízes e procuradores de instrução (categoria mais baixa de juízes e procuradores).

2.2 Organização da defesa jurídica gratuita

A Argentina conta com um modelo de assistência técnica caracterizado como um sistema de representação "obrigatória". Tradicionalmente, não se admite que uma

59 O Estado indica um orçamento para a Defensoria Pública de $136.526.087 pesos argentinos, dos quais $89.540.349 foram destinados a gastos com pessoal. Comparativamente, o Ministério Público contou com um orçamento de $ 141.128.288 pesos argentinos, com um custo salarial de $ 123.146.088 pesos argentinos. Fonte: http://www.defensachubut.gov.ar/prensa/?q=node/7276.

60 Segundo o relatório da DAAPJ, os rendimentos líquidos de um defensor público oscilam entre $ 34.364,71 pesos argentinos e $ 31.491,46 pesos argentinos, de acordo com seus anos de carreira como advogado.

61 O salário-mínimo é de USD 627,18 ou $ 3.600 pesos argentinos. Ver Mintes, 2013.

62 Salários correspondentes a abril de 2013, segundo o relatório de 8 de agosto de 2013, da Subsecretaria de Administração da Procuradoria-Geral do Estado de Buenos Aires.

63 Conforme o relatório da Defensoria Geral de Chubut de 23 de agosto de 2013, o salário de um defensor público é de $ 23.893 pesos argentinos e o de um advogado adjunto é de $ 17.174 pesos argentinos (p. 3).

pessoa escolha não ter advogado. Se não contratar um, o Estado (normalmente o tribunal, mas nas etapas prévias ao julgamento pode ser o próprio procurador) impõe de ofício a representação de um defensor público. Esse sistema posiciona conceitualmente o defensor mais como um "auxiliar da justiça" do que como um representante dos interesses de seu cliente.

Da organização dos sistemas de defesa pública mais antiquados do país (como o de Córdoba) provém dessa concepção. Assim, cada advogado está "inscrito" em um tribunal ou ofício judicial. Essa ideia vem sendo mudada a partir de atitudes individuais dos que integram as defensorias, mas seu pilar organizativo continua respondendo a esse conceito.

2.2.1 Esquema organizacional por jurisdição

Nos três estados, a Defensoria Pública integra o Poder Judiciário. Em Córdoba, um corpo de consultores jurídicos depende funcional e economicamente do TSJ, sem nenhuma estrutura institucional intermediária.[64] Os defensores criminais contam com uma secretaria administrativa que coordena algumas funções, como coletar informações estatísticas. Periodicamente, realizam reuniões informais para entrar em acordo sobre aspectos práticos de seu trabalho, muito embora, por seu caráter, as decisões não sejam obrigatórias. Carecem de uma estrutura de supervisão ou controle.[65]

Cada defensor atua em seu próprio gabinete. Devido ao excesso de trabalho, foi autorizada a delegação de algumas tarefas a seus colaboradores auxiliares,[66] mas suas funções são limitadas e não podem representar amplamente seus clientes. Essa limitação se deve, em grande parte, à resistência corporativa dos mesmos assessores no intuito de manter sua categoria e salário.[67] Acessam o cargo após concurso público, ainda que a maioria tenha desenvolvido toda sua carreira no Poder Judiciário.

A Defensoria Pública de Córdoba não pode determinar a quantidade de casos nos quais intervém, mas assume que o realiza em aproximadamente 70% das defesas

64 LAJG, 2, 6.

65 Segundo entrevista realizada a três consultores jurídicos.

66 Conforme Acordo Regulamentar 924 Série "A", de 18 de dezembro de 2007, esses auxiliares deverão possuir título de advogado e quatro anos de carreira no Poder Judiciário ou no exercício da profissão.

67 Conforme o mercado de trabalho jurídico, o salário de um "asesorito" (como são chamados) é atrativo para um assessor jovem. Portanto, seria lógico e adequado permitir que essas pessoas, que podem atuar no âmbito privado, também possam fazê-lo nas defensorias públicas.

e 90% quando o acusado já foi condenado.[68] Cada um dos assessores atende ao redor de 500 casos, dos quais em 40% o acusado se encontra privado de sua liberdade, com julgamento pendente.[69]

Em Buenos Aires, foi aprovada recentemente a Lei 14.442, que dá autonomia ao Ministério Público da Defesa (doravante, MPD).[70] O Ministério Público integra o Poder Judiciário, mas o serviço de Defesa Pública goza de autonomia funcional, independência técnica e autonomia financeira.[71] Anteriormente, dependia do Ministério Público e, ainda que tivesse maior autonomia e estrutura funcional do que em Córdoba, estava submetido à autoridade do procurador-geral.

O MPD tem poder para definir políticas da Defensoria Pública e ditar instruções gerais e particulares com autonomia funcional. Os defensores gerais[72] fixam suas políticas e exercem as tarefas de supervisão e avaliação de cada órgão integrante do MPD quanto à sua qualidade, eficiência e eficácia, conforme os indicadores estabelecidos pela lei.[73]

Foi criado um Conselho da Defesa, assessor do defensor geral. Esse conselho estabelece diretrizes para a supervisão em casos complexos e colabora com o aperfeiçoamento dos integrantes da Defensoria Pública.[74] Enquanto isso, a lei estabelece que a Procuradoria-Geral exercerá a supervisão sobre o MPD.[75] A lei se encontra em

68 Ver Soria, 2013, p. 39. Essa estimativa foi confirmada pelos juízes e procuradores entrevistados, os quais explicam explicaram que a dificuldade para precisar o número está no fato de habitualmente em um mesmo caso intervirem advogados particulares e defensores públicos em diferentes momentos, razão pela qual se "ocultam" as porcentagens.

69 Segundo estimativas fornecidas por quatro consultores jurídicos.

70 LOMPD-PBA, 2.

71 LOMPD-PBA, 3, 4.

72 A chefia do MPD é exercida por uma pessoa com o cargo de "defensor geral".

73 LOMPD-PBA, 23, 24. Os indicadores de gestão mencionados na lei são: a) a duração total dos processos e cada uma de suas etapas; b) o cumprimento dos prazos estabelecidos para a expedição de resoluções; c) a carga de trabalho, de congestão e os assuntos pendentes; d) a presença no lugar de trabalho do encarregado; e) funcionários e pessoal com os quais o órgão conta e presença no lugar de trabalho; f) qualquer outro indicador que regularmente for estabelecido (24-27).

74 Integrado pelo defensor geral, o defensor do tribunal de cassação, os defensores departamentais, dois defensores dos departamentos judiciais do interior e três de periferia, rotativos e eleitos anualmente pela totalidade dos defensores (LOMPD-PBA, 102, 103). Além disso, foi criada uma Assembleia da Defensoria Pública, que reúne anualmente de forma ordinária e aprova o regulamento de disciplina, propõe os critérios da política da Defensoria Pública para elaborar projetos de reformas. Está integrada pelo defensor geral do Estado, o defensor do Tribunal de Cassação, os defensores departamentais, os defensores oficiais, os assessores de incapazes e o curador geral de inimputáveis (LOMPD-PBA, 104, 105). Tanto o Conselho quanto a Assembleia terminarão de ser conformados quando for nomeado o defensor geral.

75 LOMPD-PBA, 20.

processo de implantação e suas autoridades ainda não foram nomeadas. Os defensores públicos continuam dependendo da Procuradoria. Contudo, o Conselho da Defesa previsto na lei anterior se encontra operante.

A respeito do planejamento estratégico, foi informado que existe e foi elaborado pela Procuradoria, mas não foi fornecido acesso a esse planejamento.[76]

Essa lei estabelece critérios estratégicos de atuação, fundamentalmente o interesse predominante dos assistidos, a autonomia funcional e probidade, a atuação estratégica, a transparência e a flexibilidade, o acesso à justiça evitando sua burocratização, a especialização e o trabalho em equipe, a responsabilidade diferenciada e a qualidade do atendimento.[77] Segundo a Procuradoria-Geral, a Defensoria Pública intervém em 77% dos casos penais.[78]

Em Chubut, o Ministério Público da Defesa tem uma organização própria. Seu titular é um defensor geral que dirige uma estrutura organizativa complexa e coordena as atividades dos cinco gabinetes da Defensoria Pública distribuídos no território estadual.[79] O primeiro defensor geral foi designado em dezembro de 2000 e desenvolveu uma política de fortalecimento institucional, por meio de planejamentos anuais, formulação do projeto de lei orgânica com participação de todos seus integrantes e protocolos de intervenção articulados por cada chefia.[80]

Foi criado um Conselho de Defesa, de participação independente, com a missão principal de assessorar e propor temas de agenda institucional ao defensor geral.[81]

Os princípios de atuação do MPD são: flexibilidade, especialização, trabalho em equipe e responsabilidade pessoal dos defensores com seus casos e compartilhamento do resultado da gestão do gabinete que integram. O sistema evita todo tipo de trâmites desnecessários e todo descuido no atendimento ao público.[82] Dá poder ao defensor

76 Segundo relatório de 4 de abril de 2013 do Ministério Público Fiscal do Estado de Buenos Aires, p. 4.

77 LOMPD-PBA, 37.

78 Segundo o PGSCBA, 2012, p. 16.

79 Dele dependem as secretarias de Coordenação e Gestão Técnico-Operativa, Penal e de Prevenção à Violência Institucional, de Política Institucional e Defesa de Novos Direitos, um corpo de relatores, as áreas Contábil, de Recursos Humanos, Relações Públicas e Cerimonial, o Banco de Dados de Tortura e a Chefia do Serviço Social. Ver http://www.defensachubut.gov.ar/?q=node/110.

80 Ver, por caso: http://www.defensachubut.gov.ar/?q=node/112, em que se lista o planejamento anual desde 2004.

81 Integrado por magistrados (que não são juízes, mas sim os defensores), funcionários e empregados do Ministério que são eleitos periodicamente por seus pares. Ver Barone 2010, p. 7. Disponível em: http://www.defensachubut.gov.ar/?q=node/292.

82 Lei Orgânica do MPD de Chubut (LOMPD-CH) 11.

geral para supervisionar a tarefa de seus subordinados e pode delegar essa função aos defensores chefes de cada gabinete.[83]

A defensoria tem adotado sistemas de controle de gestão e os padrões de desempenho previstos na Carta de Direitos dos Cidadãos ante a Justiça.[84]

2.2.2 Recursos materiais por jurisdição

Há, na cidade de Córdoba, 17 consultores jurídicos para atender a mais de 1,3 milhões de habitantes, isto é, 1,2 defensores para cada 100 mil pessoas,[85] ou um para cada 81.250 habitantes. Um deles atende ao Gabinete de Direitos Humanos, dois atendem e assessoram vítimas de delitos, e o restante representa acusados de crimes e contravenções. Dois defensores representam exclusivamente condenados.[86] Assim, somente 12 defensores defendem pessoas acusadas. Contam com uma Secretaria e duas Subsecretarias —uma delas dedicada exclusivamente à assistência jurídica de condenados—, 22 advogados auxiliares e 22 empregados. Cada defensor se apoia em um advogado auxiliar e um empregado. Seus escritórios dispõem de insumos técnicos básicos, mas não podem entrevistar nele seus clientes detidos e contam com um automóvel para se deslocarem às unidades prisionais.[87] Os defensores carecem de um orçamento destinado a intérpretes, tradutores, peritos ou especialistas: quando precisaram desses profissionais ou de perícias simples, utilizam o serviço de peritos do Poder Judiciário.

Em Chubut, a Defensoria Pública possui um gabinete em cada uma das cinco circunscrições judiciais do estado;[88] nelas trabalham 32 advogados e 15 empregados dedicados especificamente a casos penais, além de estagiários e advogados contratados.[89] Isso significa 6,3 defensores públicos para cada 100 mil habitantes.

83 LOMPD-CH, 13.2, 17. A supervisão dos advogados da Defensoria Pública por parte dos defensores chefes está prevista no art. 18.1.

84 Ver Anexo à Res. D.G. 25/06 de 23 de março de 2006. Disponível em: http://www.defensachubut.gov.ar/?q=node/134.

85 Ver Macchione, 2012.

86 Segundo os defensores entrevistados, o cargo vago pertence a uma das Assessorias Jurídicas de Condenados, e os dois restantes dividem sua carga de trabalho.

87 Os defensores públicos entrevistados afirmaram que lhes permitem conversar com seus assistidos na carceragem dos tribunais penais, o que está vedado aos advogados particulares.

88 Trelew e Rawson, Puerto Madryn, Comodoro Rivadavia, Sarmiento e Esquel.

89 Ver http://www.defensachubut.gov.ar/?q=node/110.

Em cada gabinete, há advogados especializados em direito penal juvenil e em execução penal. A Defensoria Pública de Chubut intervém em 90% dos casos e em 77,3% quando há acusados detidos.[90]

Em todo o estado de Buenos Aires, há 282 defensores públicos criminais, isto é, 1,8 defensores para cada 100 mil habitantes.[91] Existem 13 defensores no Departamento Judicial de La Plata, mais quatro que cumprem funções em escritórios descentralizados e um defensor departamental. Eles conformam seis unidades funcionais com dois defensores cada. A eles, somam-se quatro defensores do Sistema de Responsabilidade Penal Juvenil. Isso significa 2,9 defensores para cada 100 mil habitantes. A Defensoria Estadual conta com uma Secretaria de Execução, integrada por cinco pessoas.[92] O gabinete tem uma investigadora para checagem e coleta de provas (conta com mobilidade), duas assistentes sociais e uma psicóloga. Podem utilizar peritos oficiais.[93]

Tabela 1

Quantidade de defensores públicos por habitante e por cada 100.000 habitantes

Estado	Defensores públicos	Habitantes	Habitantes por defensor público	Defensores públicos por cada 100 mil habitantes
Córdoba[94]	17	1.300.000	81.250	1,2
Chubut	32	506.668	15.834	6,3
Buenos Aires	282	15.625.024	55.407	1,8
La Plata	16	654.324	34.438	2,9

3. Os direitos e sua implementação

3.1 Direito à informação

3.1.1 Direito a ser informado das causas da prisão e os direitos que emanam dessa situação

90 Segundo entrevista com um juiz e DEFCH, 2013, p. 16.

91 Segundo o PBGSCBA, p. 6.

92 Segundo o relatório do Ministério Público Fiscal do Estado de Buenos Aires, pp. 1-2.

93 *Ibid.*, p. 4. Quando precisaram de peritos especializados, seus honorários foram pagos pelo Ministério Público.

94 Somente engloba a Cidade de Córdoba. Por incrível que pareça, foi impossível conseguir o número de defensores públicos criminais que há no estado; esse dado não está disponível na informação publicada no portal judicial nem foi fornecida em nenhum dos relatórios solicitados a diferentes gabinetes.

A CN e as estaduais ordenam que ninguém pode ser detido sem ordem escrita de autoridade competente; além disso, ordenam que se informe imediatamente ao detido sobre as causas de sua detenção.[95] Os códigos processuais ratificam que a ordem de prisão deverá incluir, pelo menos, a informação sobre o fato atribuído.[96] A CSJN resolveu que a falta de informação sobre as causas da prisão e os direitos a contar com um defensor e a permanecer em silêncio constitui uma violação das garantias constitucionais da defesa no julgamento e do devido processo.[97]

Os entrevistados afirmam que, ao serem detidos, não foram informados com detalhes sobre as causas da prisão nem sobre seus direitos e que, quando pediram para chamar alguém de sua família ou um advogado, foram repreendidos pelos policiais.[98] A evidência indica que, enquanto uma pessoa está nas mãos da polícia (até ser levada perante um juiz ou procurador), se encontra em seu ponto de máxima vulnerabilidade. Não são informados seus direitos ou isso é feito de maneira ritualística, após interrogatórios às vezes violentos e ilegais. Segundo as leis, a polícia somente está autorizada a interrogar as pessoas para identificá-las. Por isso, não são registradas perguntas ilegais, que não chegam ao conhecimento de juízes e procuradores, o que explica o silêncio da jurisprudência. Na Argentina, apesar de esforços isolados, a polícia continua sendo ineficaz para oferecer aos acusados a informação requerida. Qualquer demora na assistência dos advogados consolida o problema.

3.1.2 Direito a ser informado sobre a acusação

Rege o mesmo regulamento constitucional indicado no ponto anterior. Os códigos detalham que o acusado tem direito a ser informado sobre a razão e o fato pelo qual está sendo acusado na primeira entrevista com o procurador, policial ou juiz. Tudo ficará exposto em uma ata que ele deverá ler antes de assinar.[99] Do contrário, o CPPCH estabelece que tal ação constitui falta grave para o funcionário responsável.[100]

95 CN, 18; CCOR, 42; CCH, 47; CPBA, 19 (nesse caso, dentro das 24 horas).

96 CPPC, 272; CPPCH, 20, 215 (por remissão ao CCH, 47); CPPBA, 60.

97 CSJN, A. 1773 XL, *Recurso de fato deduzido pelo Defensor Oficial de Sergio Delfín Albornoz na Causa Albornoz, Dante Sergio Delfín s/ roubo quatro fatos em concurso real — Causa 8877*, sentença de 13 de setembro de 2011.

98 Um dos entrevistados de Buenos Aires manifestou que a polícia somente leu seus direitos "rapidinho", após golpeá-lo para que testemunhasse e de disparar contra ele. Somente pôde chamar seu advogado quando o levaram para o tribunal e o defensor público lhe facilitou a ligação.

99 CPPC, 261; CPPCH, 82.1-3; CPPBA, 60, 312.

100 CPPCH, 82.

A CSJN requer que o acusado receba detalhes dos elementos fáticos que caracterizam o delito do qual é acusado, em forma suficientemente clara para que possa exercer plenamente seu direito de defesa.[101] O TSJ precisa que "[...] a informação do fato atribuído [...] deve ser concreta, expressa, clara e precisa, circunstanciada, integral e oportuna [...] a omissão de informar as provas existentes contra o acusado afetará a garantia da defesa judicial" (*tradução nossa*).[102] O Tribunal de Cassação de Buenos Aires (doravante, TCPBA) resolveu que "a garantia de defesa judicial se encontra violada por não ter dado a saber ao acusado seus direitos, o fato que lhe é imputado e as provas que existiam contra ele" (*tradução nossa*).[103]

Os defensores públicos e particulares entrevistados explicaram sua dificuldade para garantir que os acusados compreendessem a natureza das acusações: esforçam-se para explicar esses pontos a seus assistidos com termos simples e coloquiais, mas sempre ficam dúvidas se efetivamente compreenderam.[104] As pessoas detidas entrevistadas afirmam ter entendido as explicações de seus defensores, juízes e procuradores. Contudo, segundo consideram seus defensores, não é bem assim.

Os maiores problemas no acesso à informação são gerados entre o momento da detenção e o encontro com um procurador ou um juiz. Nesse período, é comum que sequer os defensores possam obter informação suficiente sobre as acusações e evidências, especialmente em Córdoba e Buenos Aires. Os defensores públicos entrevistados em Córdoba afirmam que costumam transcorrer até 10 dias entre a detenção de uma pessoa e sua apresentação perante um procurador. Somente então os defensores públicos começam sua intervenção.[105]

O acusado somente acessa informação razoavelmente completa uma vez que sua "causa" chega à Procuradoria ou Tribunal, mas geralmente é muito tarde para desenvolver uma estratégia defensiva efetiva.

101 CSJN, n. 107 XXIV, *Navarro, Rolando Luis e outros s/ homicídio culposo — Causa 58886* (voto de Enrique Petracchi), sentença de 9 de agosto de 2001. Do mesmo modo, CFCP, *Dulbecco, Claudio Daniel s/ Cassação — Reg. 524, Causa 285*, sentença de 16 de fevereiro de 1996 (voto do Dr. Hornos).

102 TSJ, sentença 20, *Pompas, Jaime e outros p ss. aa. Defraudação Qualificada — Recurso de Cassação*, de 5 de abril de 2000.

103 *V., R. N. s/ Recurso de Cassação*, sentença de 16 de junho de 2004.

104 Um defensor público de Buenos Aires indicou a diferença entre "entender" os direitos e "compreendê-los", enfatizando a dificuldade de os acusados dimensionarem sua situação de maneira clara.

105 Os advogados particulares costumam ser muito mais ativos a respeito disso. Procuram a ver seus clientes nos lugares de detenção, mesmo quando as autoridades judiciais ainda não intervieram.

Nas legislações de Córdoba e Buenos Aires,[106] a possibilidade de conhecer o conteúdo e os alcances da acusação se vincula ao ato processual de "depoimento do acusado". Supõe-se que este é somente um meio de defesa, mas as legislações citadas não o contemplam como um ato voluntário. Isto é, é reconhecido o direito de permanecer em silêncio ou depor a seu favor, mas de todo modo deve "depor", inclusive podendo ser detido para que deponha (a seu favor). Nesse ato de "depoimento", comunicam-se formalmente as acusações que existem contra ele, geralmente fazendo leitura da acusação formal.

A natureza desse ato é confusa; seu desenho e dinâmica não são adequados para garantir o direito à informação da pessoa acusada. Ao mesmo tempo, constitui um modo de coação em relação ao direito à informação tendo em vista que se dará acesso aos registros da investigação a quem participar do "depoimento".

Em Chubut, em compensação, o depoimento não é um ato obrigatório para o acusado e a legislação o concebe como algo completamente separado da formalização da investigação. Isso quer dizer que pode existir um processo sem depoimento do acusado (se este assim o quiser).[107] Ao mesmo tempo, estabelece-se uma audiência oral e pública específica, denominada de "abertura do inquérito" a fim de formalizar o indiciamento do caso.[108]

O fato de que os acusados não compreendam seus defensores é uma consequência de um sistema penal altamente formalista, mais que do descaso dos funcionários.

3.1.3 Direito a ser informado sobre as possibilidades defensivas do acusado

Unicamente as constituições de Córdoba e Chubut explicitam o direito do acusado a ser informado de seus direitos de defesa, mas somente quando estiver privado de sua liberdade.[109] Os códigos processuais agregam que se deve informar ao acusado que pode abster-se de depor e requerer um defensor.[110] Em Chubut, além disso, deve ser informado que tem direito a depor dentro das 24 horas depois de ser detido e quantas vezes quiser, a não ser submetido a técnicas ou métodos que induzam e alterem sua

106 CPPC, 308; CPPBA, 258, 261.

107 CPPCH, 86.

108 CPPCH, 274.

109 CCOR, 42; CCH 47. A respeito da CN e da CPBA, rege o princípio de inviolabilidade da defesa judicial estabelecido nos arts. 18 e 15, respectivamente.

110 CPPC, 261; CPPCH, 82.1-3; CPPBA, 60, 312.

livre vontade ou afetem sua dignidade, a conservar seu livre movimento e a acessar a toda informação disponível desde que conheça a existência do processo.[111]

A CSJN reconheceu o direito a ser informado das possibilidades de defesa, em particular, o direito a ser defendido por um advogado.[112] O TSJ precisou que a omissão de informar sobre "[...] o direito de se abster de depor e requerer a presença do defensor" (*tradução nossa*) acarreta a anulação do autuado.[113]

Na prática, é frequente que somente seja informado sobre seus direitos em um tribunal e, em alguns casos, depois de que tenham testemunhado perante a polícia. Também há dificuldades para compreender essa informação. Nesse caso, a situação se agrava porque, em geral, a polícia não realiza esforços para explicar esses direitos e, inclusive, procura se beneficiar indevidamente de sua violação.

3.1.4 Direito a ter acesso aos elementos de prova em contrário

As constituições de Córdoba e Chubut estabelecem que a prova é pública e, portanto, acessível ao acusado.[114] Os códigos estabelecem o direito de acesso à evidência contra o acusado que possa depor, que se mantém durante todo o processo e somente pode limitar-se quando a publicidade coloque em perigo o "descobrimento da verdade" [115]

Em Chubut, o juiz somente pode determinar o segredo temporário sobre determinada evidência, não de toda a investigação, e unicamente por 10 dias. Se precisar estender o prazo, deverá solicitar autorização de outros juízes.[116] O acusado deve contar com acesso a toda a informação na formalização da acusação.[117] Isso é importante porque aí se definirá qual é a evidência que poderá ser exibida no julgamento.

O TSJ adicionou que "[...] para garantir eficaz e efetivamente o direito a ser ouvido, o acusado deve contar com a informação de provas obtidas em uma etapa do processo à qual ainda não teve acesso" (*tradução nossa*). O TCPBA também rejeitou a introdução de provas que não possam ser controladas pelo defensor, especialmente

111 CPPCH, 82.5-9.
112 CSJN, *Albornoz*, cit.
113 TSJ, *Pompas*, cit.
114 CCOR, 41; CCH 46.
115 CPPC, 261, 312 (10 dias); CPPCH, 82.9; CPPBA, 280 (48 horas).
116 CPPCH, 23.
117 CPPC, 355; CPPCH, 291; CPPBA, 335, já citados.

quando se tratou de um depoimento testemunhal incorporado ao debate por sua leitura, apesar da oposição da defesa.[118]

O acesso ao "sumário" está relativamente garantido após o acusado ter sido citado para depor. Contudo, é habitual em Córdoba e Buenos Aires que obstáculos práticos o impeçam, dificultem ou deneguem, sem registros escritos, visto que se alegam razões práticas e não legais.[119]

Em Chubut, a incidência desse problema é menor visto que a audiência de abertura de inquérito tem por fim garantir, ante o juiz, a disposição de toda a informação da investigação (além de comunicar o indiciamento) e, ainda, o acusado poderá obter cópias dos registros do dossiê.[120] Todas as audiências são gravadas em vídeo e garante-se o acesso à prova que fundamentará a acusação sem ter que esperar a citação para o julgamento, como em Córdoba e Buenos Aires.

Apesar do estabelecido pelas cortes, a prevalência da "lógica do processo" em Córdoba e Buenos Aires dificulta o exercício efetivo desse direito nos termos dos padrões latino-americanos. Somente Chubut equilibra essa assimetria por meio da audiência pública de abertura do inquérito, o que permite ao defensor recorrer a um juiz para debater em audiência oral e pública o acesso ao dossiê de inquérito, mas com a única finalidade de obter uma ordem para que o procurador o exiba ou entregue cópias.

3.2 O direito a se defender ativamente

3.2.1 Direito à autodefesa

Os códigos dos três estados permitem ao acusado defender-se pessoalmente, contanto que não prejudique a efetividade da defesa nem a normalidade do processo.[121] Caso contrário, deverá eleger defensor de sua confiança ou intervirá o defensor oficial. Somente em Chubut se recoloca o acusado como ator protagonista do processo penal

118 TCPBA, *Z., S. F. s/ Recurso de Cassação*, sentença de 29 de junho de 2010, fazendo referência a *Dicesare, Alejandro s/ Rec. de Cassação*, sentença de 17 de julho de 2009. Também é aplicável o estabelecido no citado caso *V., R. N. s/ Recurso de Cassação*, sentença de 16 de junho de 2004.

119 Pode acontecer que o empregado ao qual é delegado o caso esteja ausente ou ocupado, ou que o "processo" esteja "em estudo do procurador", ou por qualquer outra razão o funcionário pertinente se oponha a exibi-lo.

120 CPPCH, 274, 257.

121 CPPC, 118; CPPCH, 91; CPPBA, 89.

e é reconhecida a faculdade de exercer sua própria defesa ainda quando tiver defensor. Em caso de colisão, primará a vontade do acusado expressa clara e livremente.[122]

O TSJ sustentou que, embora a lei não exija ser advogado para se defender a si mesmo, isso "[...] pode propiciar um critério de inquestionável relevância para avaliar a idoneidade do acusado para desenvolver uma defesa técnica de seus interesses que seja efetiva e não prejudicial ao andamento ordinário do processo" (*tradução nossa*).[123] Também o TSJ constata que "as possibilidades de autodefesa do acusado encontram limite nas exigências de efetividade da defesa no normal funcionamento do processo" (*tradução nossa*),[124] o que restringe as possibilidades de exercício do direito.

Os juízes e procuradores entrevistados indicaram que raramente uma pessoa solicita defender-se a si mesma e quase sempre são advogados. Afirmaram que o resultado foi amplamente desfavorável para o acusado. Somente Chubut aspira a quebrar essa resistência favorecendo a ascensão de um papel central por parte do acusado.

A própria defesa está desacreditada na Argentina, em grande medida pelo formalismo do processo penal escrito que requer o conhecimento de uma linguagem jurídica de difícil compreensão, agravado por uma resistência cultural ao acesso popular aos tribunais.

Contudo, crescentemente, começa-se a interpretar esse princípio a favor dos recursos *in forma pauperis*, apresentados por uma pessoa presa sem nenhuma formalidade e com o objetivo de que seu defensor os desenvolva tecnicamente.[125] Isto é, começa a ser levada a sério pelo menos essa forma de autodefesa.

3.2.2 Direito a escolher e a contar com um defensor de confiança e qualidade técnica

As constituições de Córdoba e Chubut ordenam que todo acusado tem direito à defesa técnica desde o primeiro momento da persecução penal, mas a segunda adiciona que qualquer dano à intervenção efetiva do defensor constitui uma lesão

122 CPPCH, 9; CCH, 45.

123 TSJ, sentencia 32, *Anselmi, Alberto Ángel Alejandro p.s.a. de calúnias e injúrias — Recurso de Cassação*, de 7 de maio de 2003. Como podemos observar, estabelece-se um critério no qual somente se autoriza uma pessoa a assumir sua defesa, se isso não prejudicar o interesse público no "sucesso da causa".

124 TSJ, *Z., C. M. e Outro c/ T., S. s/ Demanda*, sentença de 24 agosto de 1999.

125 Tipicamente, em casos de ações de habeas corpus interpostas por pessoas condenadas que estão cumprindo tempo em prisão. Habitualmente, essas pessoas carecem de acesso a um defensor; portanto, é comum a utilização de ações de habeas corpus sem formalismos.

à defesa judicial e que aquele não pode ser incomodado, ter sua comunicação interceptada, nem invadido seu domicílio ou lugar de trabalho em razão de sua atividade profissional.[126]

Os códigos processuais referem-se ao direito do acusado a um advogado "de confiança", o que implica que a relação entre assistido e advogado conte com garantias de confidencialidade e lealdade mútuas, prevendo a nulidade de todos os atos que violem esse direito.[127] Contudo, em Córdoba e Buenos Aires, não são reguladas em absoluto as condições de comunicação entre acusado e advogado nem fixadas normas de confidencialidade e de espaço adequado para as entrevistas. Somente se ordenam que o acusado poderá comunicar-se com seu defensor imediatamente antes de qualquer ato que requeira sua intervenção pessoal, embora a nova Lei da Defensoria Pública de Buenos Aires tenha incluído o direito à confidencialidade.[128]

Por outro lado, o código de Chubut consagra explicitamente o direito do acusado a consultar seu advogado em condições que garantam confidencialidade, estipulando a responsabilidade do funcionário que o impeça.[129] Não há formalismos para nomear um advogado e, em Chubut e Buenos Aires, este pode acessar aos registros do caso antes de aceitar o cargo.[130] Em Córdoba, os defensores assumem a defesa "de olhos vendados".

Os acusados podem escolher seu advogado unicamente se o contratam por conta própria. Se utilizarem os serviços da Defensoria Pública, será designado um defensor, geralmente mediante um sistema de rotação e de correspondência de ofícios judiciais e defensores. O direito a escolher um advogado também não é absoluto já que os tribunais podem fazer cessar a representação por motivos de conflito de interesses, falta de capacidade técnica ou outros motivos que comprometam a efetividade da defesa.

Não está claramente garantido o direito a um advogado de qualidade técnica. O único requisito para matricular-se e exercer a defesa privada nos três estados é contar com título de advogado e não possuir antecedentes criminais, razão pela qual é um

126 CCOR, 40; CCH, 45. Em Chubut não se exige ao advogado, em nenhum caso e por nenhuma autoridade, a violação do segredo profissional, e incorrem em causal de mal desempenho os que contravêm contrariam essa disposição. Na CN e CPBA, esse direito também está delimitado na garantia de inviolabilidade da defesa.

127 CPPC, 118, 185.3; CPPCH, 91, 164; CPPBA, 89, 202.3.

128 CPPC, 273; CPPBA, 152. LOMDP-BA, 34.

129 CPPCH, 82.

130 CPPBA, 91.

simples trâmite administrativo.[131] Obter o título não requer uma prática profissional prévia e séria, e basta ser aprovado em todas as disciplinas do curso de direito para automaticamente poder solicitá-lo mediante outro trâmite simples. Não existem controles de qualidade nem depois da obtenção do título e da matrícula, nem durante o restante da vida profissional, para além de eventuais ações disciplinares.

Pelo outro lado, para ser defensor público nos três estados, é necessário possuir certa experiência profissional e passar por um processo de seleção no qual os antecedentes profissionais e acadêmicos serão considerados, o que, pelo menos *a priori*, garantiria certo nível de qualidade profissional no serviço dos defensores.

A CSJN reconheceu o carácter inalienável dos direitos do acusado a ser assistido por um defensor de sua escolha.[132] O TSJ sustentou que o direito à defesa efetiva "se concretiza [sic] no direito que assiste o acusado de ser assistido tecnicamente por um advogado de sua escolha — advogado de confiança" (*tradução nossa*).[133]

Esse direito é garantido com relativa extensão, porque embora não haja obstáculos legais para o acesso a um advogado escolhido pelo acusado, nem todos eles possuem as condições de idoneidade necessárias para desenvolver uma defesa efetiva. Quase todos os funcionários judiciais entrevistados garantem que os defensores públicos, em geral, oferecem um serviço mais efetivo, tanto em relação à dedicação a suas tarefas quanto na fidelidade ao cliente.

Insistimos no "buraco negro" que existe entre o momento em que uma pessoa é detida e o momento em que é levada à presença do juiz ou do procurador. Nesses momentos, especialmente nas delegacias, costuma-se negar ou atrasar o acesso a um advogado particular, não obstante os advogados costumam chegar rapidamente assim que finalmente os chamam. Em Córdoba, os defensores públicos admitem que costumam transcorrer até 10 dias antes de assumirem a defesa de um detido, para não "tirar clientes" dos advogados particulares e evitar problemas com a Ordem dos Advogados. Os advogados particulares entrevistados manifestaram que, às vezes, não podem ver seu cliente de imediato, especialmente nas delegacias.

131 Lei 5.805 de Exercício da Profissão de Advogado e Associação Obrigatória (doravante, LEP-COR) 1; Lei 4.558 de Assessoria Pública de Chubut (doravante, LCP-CH) 1; Lei 5.177 de Exercício Profissional da Advocacia do estado de Buenos Aires (doravante, LEP-PBA) 1.

132 Também foi dito que o Estado deve suprir imediatamente a inatividade do advogado que abandonou a defesa para garantir a defesa efetiva do acusado [CSJN, G. 352 XXXIII ROR *Gómez Vielma, Carlos s/ extradição*, sentença de 19 de agosto de 1999 (Voto do Dr. Eduardo Moliné O'Connor) e SCE 251 L.XL *Enrique, José Humberto s/ Recurso de Cassação*, sentença de 11 de julho de 2006 (Ditame do Procurador-Geral)].

133 TSJ, sentença 32, *Anselmi*, cit.

Em Buenos Aires, os defensores públicos entrevistados manifestaram que habitualmente são informados das detenções imediatamente e que conversam com os detidos no dia seguinte. Os advogados particulares manifestam uma situação semelhante à de Córdoba, com dificuldades práticas quando os clientes estão na delegacia.

Em Chubut, existe um protocolo que ordena que os agentes responsáveis por uma detenção informem imediatamente sobre ela à Defensoria Pública. Isso é importante não somente para favorecer uma defesa efetiva nos primeiros momentos da detenção, mas também para impedir que seja extraída informação sob coação. A ausência de um protocolo semelhante em Córdoba e a carência de uma lista pública de advogados criminalistas que atendam emergências favorecem a prática em que a mesma polícia "conecta" os detidos com certos advogados, em um quadro de corrupção e conivência descrito por defensores públicos e particulares.

É notável que na Argentina os defensores públicos estejam melhor conceituados do que os advogados particulares por parte dos funcionários públicos judiciais, enquanto os acusados e o público em geral consideram que um advogado particular os defenderá com maior eficácia.

3.2.3 Direito a ser interrogado na presença do defensor

As instituições de Córdoba e Chubut estabelecem que será nulo qualquer depoimento do acusado na ausência de seu defensor.[134] Os códigos também o estabelecem como um direito fundamental cuja inobservância acarreta a nulidade do depoimento.[135]

A Câmara Federal de Cassação Penal resolveu que se viola a garantia da defesa judicial e do devido processo se depoimentos do acusado forem recebidos sem a presença de seu defensor.[136] Também o TSJ declarou ilegal a incorporação ao debate do depoimento que o acusado ofereceu perante a polícia na ausência de seu defensor.[137]

Em geral, esse direito é respaldado por juízes e procuradores, ao menos formalmente. Contudo, subsiste a prática policial de interrogar o acusado sem a presença do defensor nos primeiros momentos da detenção, frequentemente mediante maus-tratos. Isso se agrava em Córdoba pela demora na intervenção da Defensoria

134 CCOR, 40; CCH, 45. Esse direito também não está consagrado explicitamente na CN, nem na de Buenos Aires.

135 CPPC, 258; CPPCH, 9, 82.6, 86; CPPBA, 309.

136 Doravante, CFCP, Sala I, Causa 32, *Beltrán Flores, Rosemary e outros s/ Recurso de Cassação*, sentença de 30 de abril de 2013.

137 TSJ, sentença 262, *Márquez, Víctor Alejandro s/ Recurso de Cassação*, de 6 de outubro de 2009.

Pública e a falta de investigação independente. Pelo contrário, em Chubut, a pessoa detida é levada a uma audiência na presença do juiz, acompanhada de seu defensor, em um prazo que não pode ultrapassar 48 horas.[138]

Ainda que a informação obtida nesses interrogatórios ilegais não entre como prova durante o julgamento, em ocasiões é "filtrada" para que pareça como proveniente de outras fontes e assim possibilitem uma condenação. Por isso, o comportamento dos procuradores e juízes, nesses casos, é "sinuoso".

3.2.4 Direito a se comunicar reservadamente com o defensor

Somente a Constituição de Chubut garante o direito do acusado a se comunicar reservadamente com o defensor, de quem não pode ser exigida a violação do segredo profissional nem pode ser interceptada sua comunicação, nem invadido seu domicílio por motivo de sua defesa.[139] Unicamente o código desse estado consagra explicitamente o direito do acusado a conversar com seu defensor em condições que garantam confidencialidade, estabelecendo a responsabilidade do funcionário que o impeça.[140]

A Câmara Nacional de Apelações Federal (CNApF) menciona extensamente o recebimento por parte da Corte IDH do direito à comunicação reserva entre o defensor e seu cliente, censurando a prática de que os diálogos entre advogados e clientes sejam ouvidos por seus vigias.[141]

Contudo, os advogados entrevistados manifestaram que esse direito não se respeita quando o acusado está privado de sua liberdade. Nas unidades de detenção, costuma haver *boxes* para entrevistas equipados com interfones, mas que normalmente estão estragados e, portanto, devem falar em voz alta e, inclusive, rodeados de outros presos. Em Buenos Aires, um advogado relata que o lugar para entrevistas se encontra a uns três metros das celas.

Os gabinetes de defensoria em Córdoba carecem de mecanismos de segurança para os defensores atenderem seus assistidos; portanto, os defensores devem pedir um pequeno escritório nas procuradorias ou conversarem com seus assistidos nas

138 CPPCH, 219. Originalmente, a norma impunha um prazo de 24 horas. A reforma de 2010, impulsionada pelos procuradores, aumentou o prazo para 48 horas. No entanto, na prática, a audiência se realiza dentro das primeiras 24 horas posteriores à detenção, salvo em casos complexos.

139 CCH, 45.

140 CPPCH, 82.

141 CNApF, Causa 43.455, *Perriconi de Matthaeis s/ Processamento com prisão preventiva*, sentença de 22 de outubro de 2009.

celas.[142] Por vezes, somente podem conversar em voz baixa em um canto da mesma Procuradoria que investiga o cliente, rodeados de empregados e funcionários.[143]

Em Chubut e Buenos Aires, as conversas com os detidos são realizadas nos gabinetes da Defensoria e a comunicação com as pessoas detidas é fluida.

Segundo um relatório, 40% dos acusados privados de sua liberdade afirmaram que nunca foram visitados no cárcere por seu defensor,[144] o que mostra que o pressuposto do diálogo está quase ausente. No entanto, os defensores públicos de Córdoba manifestaram que visitam os centros de detenção pelo menos uma vez por semana e exibiram agendas e registros das visitas, bem como das ligações dos clientes detidos.[145]

3.2.5 Direito a contar com um defensor designado pelo Estado quando o acusado não puder pagar por um

As constituições estaduais consagram o direito à assistência de um defensor público desde o primeiro momento da investigação quando o acusado não possa ou não deseje pagar por um.[146] Os códigos e as leis orgânicas acrescentam a referência aos casos de demora em fazê-lo de abandono da defesa pelo advogado de confiança;[147] isso quer dizer que em nenhum momento o acusado pode permanecer sem defensor e que, diante de qualquer eventualidade, os juízes ou procuradores designarão um.

A CSJN sustenta que "devem ser extremas as precauções que garantam plenamente o exercício do direito de defesa […] de tal maneira que, aos que sofrem um processo penal, deve ser fornecido uma adequada assistência jurídica, que garanta a substancialmente a defesa judicial" (*tradução nossa*).[148]

142 Segundo os defensores entrevistados em Córdoba, isso é um favor pessoal que não é permitido aos advogados particulares. A carceragem se encontra no subsolo do prédio onde funcionam os gabinetes dos procuradores e assessores letrados.

143 Como exceção, os defensores de condenados de Córdoba referem que o diretor do penal da cidade de Villa Dolores (a uns 150 km de Córdoba) lhes cede seu gabinete para entrevistar aos presos em um contexto de intimidade.

144 Ver INECP – OSF 2012, p. 56.

145 Os presos não podem receber ligações, somente podem realizá-las. Todos os advogados entrevistados (públicos e particulares) manifestaram que atendem sempre as ligações de seus clientes e, inclusive, os defensores públicos de Córdoba registram os motivos, data e hora, e o autor de cada ligação.

146 CCOR, 41; CCH, 45; CPBA, 15.

147 CPPC, 80, 118, 121, 126; CPPCH, 9, 82.3, 91, 95, 97; CPPBA, 60.2, 89, 97.

148 CSJN, 3 S. 1450 XXXII PVA, *Scilingo, Adolfo Francisco s/ sua apresentação em causa 6888*, sentença de 6 de maio de 1997; e na mesma linha, o TSJ em *Anselmi*, já citado.

Não se têm observado problemas de acesso à defesa pública por parte dos atores entrevistados. Sim, é claro que a carência de uma estrutura autônoma, que permita se desenvolver a partir suas próprias diretrizes estratégicas, limita a Defensoria Pública de Córdoba, que permanentemente se encontra em desvantagem material a relação à procuradoria.[149] Todos os defensores entrevistados manifestaram preocupação com a desproporção entre os recursos com os quais contam os procuradores e com os quais contam os defensores públicos. No entanto, é questionável que essa disparidade seja utilizada para justificar a falta de investigação concreta, especialmente em Córdoba e Buenos Aires, já que também não se otimiza o uso de ferramentas disponíveis, como os advogados auxiliares (em Córdoba) para investigar os casos.

Pelo contrário, a Defensoria de Chubut está claramente em melhores condições operativas para oferecer um serviço jurídico de qualidade. Não somente pela dotação de recursos, mas sim porque, além da estrutura do processo e de sua organização, lhe permite investir tempo e recursos de uma maneira muito mais efetiva.

De acordo com o modelo de "assistência obrigatória" descrito, a capacidade ou não das das pessoas acusadas para custear um advogado passa para o segundo plano, porque virtualmente não existe a possibilidade de que o processo se desenvolva sem a presença de um advogado (custeado por elas mesmas ou pelo Estado).[150] Por isso, a efetividade dos mecanismos para informar aos acusados seu direito a contar com um advogado disponibilizado pelo Estado perde certa relevância, pois toda pessoa contará com um advogado no curso do processo, independentemente de conhecer seu direito ou do momento em que decida que não deseja exercê-lo.

Isso gera duas situações: (i) que na prática não haja incentivos para que os defensores comuniquem ao acusado que estão ao serviço de seus interesses; (ii) os detidos que ainda não foram apresentados diante uma autoridade judicial são o segmento mais vulnerável, já que, embora as disposições que garantem a efetiva comunicação desse direito sejam relevantes, não existem dispositivos que garantam sua compreensão efetiva.

O Estado de Chubut conta com dispositivos efetivos para garantir esse direito, tais como controles de qualidade, organização flexível e protocolos de intervenção precoce. Em outros estados, os bons resultados derivam mais da iniciativa própria

149 A comparação gráfica e descritiva de Soria (2013, pp. 38, 41) mostra o nome do Ministério Público Fiscal em caracteres significativamente maiores que o da Defensoria, acompanhada pela comparação entre os recursos de cada uma que se mencionam no ponto 2.

150 Já comentamos como é completamente estranho que um processo se desenvolva sem que a pessoa acusada seja representada por um advogado.

de alguns defensores, do que de um programa estratégico. A sanção da nova Lei de Defensoria Pública em Buenos Aires busca reverter essa tendência.

3.2.6 Direito a que o defensor preserve os interesses de seu assistido sem aderir a outros critérios ou diretrizes superiores

Esse direito se opõe ao conceito tradicional de advogado (especialmente o de defensor público) como "auxiliar da justiça". Somente a Constituição de Chubut refere-se explicitamente à condição de parcialidade do advogado defensor, proibindo qualquer prejuízo para sua intervenção efetiva e preservando o segredo profissional.[151] A Lei Orgânica da Defesa expressamente determina a preeminência do interesse do assistido sobre qualquer outro.[152]

Enquanto os advogados particulares estão sujeitos somente às regulamentações das associações profissionais de advogados, que não integram o Estado, os defensores públicos são empregados públicos de tempo integral. Os defensores públicos de Córdoba dependem orçamentária, normativa e disciplinarmente do TSJ, enquanto os de Buenos Aires dependem da Procuradoria-Geral da Justiça até que implemente a nova lei de organização. Chubut, em contrapartida, conta funcional e orçamentariamente com uma estrutura autônoma para a Defensoria Pública, que garante maior independência dos advogados defensores. As leis orgânicas de Buenos Aires e Chubut ordenam que os defensores se comportem respeitando os interesses de seus clientes.[153]

Há práticas generalizadas que subordinam os interesses do assistido a outras necessidades institucionais. Esse é o caso do uso abusivo do julgamento abreviado visto que há fortes incentivos para que o defensor persuada o defendido a aceitar um acordo com o procurador, devido à sua própria impossibilidade de administrar sua carga de trabalho. Alguns advogados consideram que poderão terminar seu trabalho pulando a etapa de julgamento e ganharão a "simpatia" dos juízes e procuradores, com benefícios em casos subsequentes. Por sua vez, os juízes e procuradores poderão encerrar o caso, o que favoreceria os índices de produtividade. Advogados de Córdoba narram pressões para que persuadam seus clientes a adotarem estratégias passivas, particularmente em casos politicamente sensíveis. Um egresso de Buenos Aires relatou que "parecia haver

151 CCH, 45.

152 V 90 3.3.

153 Arts. 35 e 37.1, respectivamente. No caso de Buenos Aires, é parte da nova legislação.

um acordo entre a Defensoria Pública e a Procuradoria para que permanecesse detido" (*tradução nossa*).

Nem sempre há uma compreensão de que o interesse primordial é o do defendido. As leis consideram os defensores públicos e particulares como "auxiliares da justiça", o que desvirtua completamente sua função de advogado da parte e justifica os incentivos informais para priorizar interesses alheios. Tampouco as normas éticas sancionam a violação do dever de preservar esse interesse, o que explica que a escassa jurisprudência a esse respeito se refira à inidoneidade do advogado, mais que à traição dos interesses do defendido.

Outro problema fundamental é a impossibilidade de os defensores públicos controlarem sua carga de trabalho. As defensorias públicas não contam com padrões sobre carga máxima de trabalho por advogado que permitam identificar quando se encontram em risco de colapso. Na prática, a inexistência desses controles combinada com a duração excessiva dos processos e a cultura de defesa universal e obrigatória sob a responsabilidade das defensorias públicas fazem com que os defensores devam aceitar mais casos além de suas possibilidades de trabalho efetivo. Isso significa, pura e simplesmente, subordinar os interesses de seus clientes às metas institucionais ou organizacionais do escritório que o contrata.

Os problemas de conflito de interesses são outro aspecto notável. Não existem disposições organizacionais que indiquem que, quando em um caso há dois ou mais acusados, eles devam ser representados por advogados diferentes ou pertencentes a diferentes escritórios. A ninguém parece um problema que dois advogados públicos que trabalhem no mesmo escritório representem clientes com conflito de interesses. Somente há avanços em Chubut, cuja Defensoria Pública conta com estratégias para evitar conflito de interesses, principalmente quando se pretende defender policiais, quando podem contratar advogados para o caso específico.

3.3 Direitos processuais

3.3.1 Direito a permanecer em liberdade durante o processo

Na Argentina, a situação de liberdade do acusado é a regra tanto no âmbito constitucional quanto processual.[154] Unicamente pode ser imposta a prisão preventiva quando for absolutamente indispensável para garantir o descobrimento da verdade e o

154 CN, 18; CCOR, 39; CCH, 43, CPBA, 10; CPPC, 2, 268; CPPCH, 212; CPPBA, 144.

cumprimento de uma eventual condenação.[155] Em sua implementação legal, contudo, existem notáveis diferenças.

Em Córdoba, o procurador é quem decide sobre a liberdade do acusado, ordena a privação da liberdade e dispõe que cesse, acumulando as funções que anteriormente abarcava o antigo juiz de instrução inquisidor.[156] O mesmo TSJ justifica que a privação da liberdade fique nas mãos de um procurador, alegando que cumpre com o requisito constitucional de que seja ordenada por uma "autoridade judicial", porque os procuradores integram o Poder Judiciário.

Em Buenos Aires e Chubut, o procurador somente pode solicitar essas medidas ao juiz, que decide sobre a detenção ou a liberdade do acusado. Se este estiver preso, poderá pedir ao juiz a liberdade em qualquer momento do processo, tanto se se encontrar meramente detido ou se estiver submetido à prisão preventiva.[157]

Em Córdoba e Buenos Aires, essas decisões são adotadas em um sistema escrito e burocratizado, enquanto em Chubut são desenvolvidas em audiências orais e adversariais.

O exercício desse direito costuma depender do depósito de uma garantia real que o procurador ou o juiz determina, ou dos bens que o acusado ofereça.[158] Em outros casos, a obrigação de pagar uma soma de dinheiro será imposta se o acusado não comparecer ao julgamento, da qual pode prescindir, se a considerar desnecessária ou se alcançar com uma simples promessa do acusado para mantê-lo em liberdade.[159] Nesses últimos casos, a liberdade sob fiança não exige nenhuma soma de dinheiro.

Além disso, existem outras medidas cautelares disponíveis, como impor ao acusado a obrigação de não se ausentar do país, cidade ou povoado onde reside, não frequentar determinados lugares, apresentar-se perante a autoridade nos dias estipulados ou submeter-se ao cuidado ou vigilância de pessoas ou instituições designadas; em Chubut e Buenos Aires, a comunicação com certas pessoas poderá ser proibida (contanto que não se afete seu direito de defesa) e impor uma obrigação econômica.[160]

155 CPPC, 269; CPPCH, 213; CPPBA, 146.
156 CPPC, 280, 282.
157 CPPCH, 219, 226; CPPBA, 147.
158 CPPC, 292; CPPCH, 227.7; CPPBA, 182.
159 CPPC, 290, 268.1; CPPCH, 227.7; CPPBA, 183, 181.
160 CPPC, 268; CPPCH, 227; CPPBA, 160.

A CSJN expressou no *Caso Verbitsky* sua preocupação pelo abuso da prisão preventiva, em especial no Estado de Buenos Aires, e exortou aos poderes legislativos e executivos para que adaptem sua legislação em matéria de prisão preventiva e liberdade aos padrões internacionais.[161] Também rejeitou o uso da prisão preventiva motivada na reprovação social a fim de combater a criminalidade.[162] Contudo, no *Caso Acosta*, a mesma Corte admitiu exceções à limitação temporal da prisão preventiva com base "nos supostos de perigos processuais, na gravidade do delito atribuído ou manobras dilatórias defensivas" (*tradução nossa*)[163] e, de tal modo, pode-se referir ao precedente da Corte IDH em *Bayarri,* que ordenava seu uso limitado.

O TSJ participa dessa posição ambígua: afirma que o valor central da liberdade explica o caráter excepcional da prisão preventiva, restringida aos casos em que seja absolutamente indispensável para garantir a investigação e a aplicação da lei. No entanto, ao mesmo tempo, consagra uma presunção de periculosidade quando a pena prevista exceder os três anos, o que obriga ao acusado demonstrar que não fugirá. Além disso, recusou as alegações concretas da defesa que demonstravam que o acusado não fugiria, porque "se trata de condições que não conseguem extrapolar a regularidade de situações que são verificadas na generalidade dos submetidos a processo" (*tradução nossa*).[164]

Esse critério foi revertido pela CSJN, que sustentou que o caráter irrevocável atribuído a semelhante presunção legal não se conforma com os critérios da Corte IDH, visto que é infundada e impede que o acusado exponha as razões a favor de sua liberdade.[165] Como reação a essa decisão, recentemente se adicionou ao CPPC um extenso rol aberto de presunções de perigo processual que cristaliza legalmente aquelas criadas jurisprudencialmente pelo TSJ; além disso, indica que previamente a qualquer concessão de liberdade favorável ao acusado em virtude da decisão da CSJN,

161 CSJN, V. 856 XXXVIII, *Recurso de fato deduzido pelo Centro de Estudos Legais e Sociais na Causa Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus*, sentença de 3 de maio de 2005.

162 CSJN, H. 356 XXXIV, *Hernández, Guillermo Alberto s/ Recurso de Cassação*, sentença de 21 de março de 2006.

163 CSJN, A. 63 XXXIV, *Acosta, Jorge Eduardo e outros s/ roubo qualificado em grau de tentativa*, sentença de 8 de agosto de 2012, em relação com *Bayarri vs. Argentina*, sentença de 30 de outubro de 2008.

164 TSJ, *Martínez Minetti, Alfredo José e Outros p.s.a fraude qualificada*, sentença de 23 de julho de 2000; também Sentença 110, *Bustos Fierros, Hugo César p.s.a. roubo qualificado — Recurso de Cassação*, sentença de 19 de maio de 2008.

165 CSJN, L. 193 XLIX RHE, *Loyo Fraire, Gabriel Eduardo*, sentença de 6 de março de 2014, remetendo ao ditame do Procurador-Geral, 23 de dezembro de 2013.

os juízes devem averiguar rigorosamente qualquer circunstância que possa limitá-la e dar participação às vítimas do delito.[166]

O TCPBA corrobora o caráter excepcional da prisão preventiva, que deve ser, além disso, proporcional à tutela do julgamento[167] e admite que, quando se prolonga por um período dilatado, ocasiona um prejuízo irreversível, o que se equipara a uma condenação definitiva.[168] Também considera excepcional a mera detenção, que não admite a prorrogação tácita e, se o juiz não ordenar a prisão preventiva, deve determinar a imediata liberdade do detido.[169]

Na prática, a aplicação das medidas cautelares e, particularmente a prisão preventiva, constitui a regra: em 2012, INECIP, ADC e outras 13 organizações da região apresentaram um relatório perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) denunciando o uso abusivo dessa medida. O Estado de Buenos Aires abriga quase a metade dos presos do país (28.878 pessoas) e, pelo menos 60% deles não têm sentença transitada em julgado.[170] A situação é relativamente similar em Córdoba, onde 50,8% das 5.375 pessoas detidas não têm sentença. Em contrapartida, em Chubut somente 29% dos detidos estão nessa situação, bem abaixo da média nacional.[171]

O critério "processual" (que aspira a preservar o processo) é "o único que respeita a previsão constitucional da utilização da prisão preventiva, enquanto o critério 'substancial' [que assimila a prisão preventiva à pena] é contrário àquela. Apesar disso, o critério 'processual' na Argentina é uma exceção, o que demonstra que longe de ser uma medida cautelar, o encarceramento está sendo utilizado como uma pena antecipada" (*tradução nossa*).[172] O relatório citado sustenta que os tribunais deixam de fundamentar a prisão preventiva visto que "se usam critérios processuais para denegar a liberdade, mas de forma automática e sem indicar como operam no caso concreto

166 CPPC, 281. O perigo processual se infere, entre outros, pela condenação superior a três anos, falta de residência do acusado, declaração de rebeldia, submissão a processo ou prisão preventiva anterior, condenação anterior, abandono de tratamentos por vício, temor que o acusado possa infundir na vítima e/ou testemunhas durante o processo ou do lugar que cometeu os delitos.

167 TCPBA, Sala I, *Corbo*, sentença de 22 de junho de 2000.

168 TCPBA, *L., J. s/ Recurso de Cassação,* sentença de 25 de novembro de1998.

169 TCPBA, Sala I, *C., E. s/ Recurso de Cassação*, sentença de 28 de outubro de 1998.

170 INECIP-ADC 2012, p. 8.

171 A média nacional de presos sem condenação é de 59,50%, segundo o INECIP-OSF, p. 46.

172 *Ibid.*, p. 12.

esses parâmetros" (*tradução nossa*).[173] Além disso, utiliza-se a suposta periculosidade do acusado e seus antecedentes para legitimar o encarceramento cautelar.[174]

Todos os entrevistados (defensores, procuradores, pessoas presas) concordam que as possibilidades de articular uma defesa efetiva são comprometidas seriamente quando o acusado está em prisão preventiva, porque a perda da liberdade dificulta localizar e entrevistar testemunhas, somando-se a perda de rendimentos derivada da interrupção da vida laboral. Segundo alguns advogados, quando o acusado chega ao julgamento em prisão preventiva, há altas possibilidades de que seja condenado a uma pena leve, ainda que sem provas suficientes, para poder "justificar" o tempo que esteve preso. De fato, segundo o relatório citado, 45% dos condenados entrevistados em Córdoba acabaram aceitando um julgamento abreviado porque já estavam em prisão preventiva.[175] Os mesmos defensores explicam que os juízes de garantias costumam confirmar quase automaticamente a prisão preventiva decretada pelo procurador (em Córdoba).[176]

O tempo que se leva para recuperar a liberdade mostra a relevância prática que lhe é dada pelos tribunais. Em Córdoba, se uma pessoa se opuser à prisão preventiva, deverá esperar recorrer perante a Câmara de Acusação, que normalmente demorará outros dois ou três meses. Em compensação, em Chubut, o procurador somente pode pedi-la ao juiz em uma audiência pública na qual o acusado poderá se manifestar a favor de sua liberdade; caso o juiz ordene a prisão, o acusado poderá pedir a revisão ante outros dois juízes dentro de 24 horas.

Isso sem considerar que, em Córdoba, podem transcorrer até 20 dias entre a detenção de uma pessoa e a imposição da prisão preventiva por parte do procurador já que os procuradores não contam os prazos desde sua detenção, mas sim desde que recebem o "processo" e "tomam o inquérito". Inclusive nessa situação, a pessoa pode estar sem prisão preventiva por mais tempo, dado que os procuradores interpretam que os prazos de 10 dias entre a detenção e o decreto da prisão preventiva são "ordenatórios". Uma advogada entrevistada relata que um de seus clientes esteve detido três meses até que decretaram a prisão preventiva dele.

173 *Ibid.*, p. 39.

174 *Ibid.*, p. 41.

175 *Ibid.*, p. 56.

176 Em Córdoba, em seis de nove casos submetidos à revisão do juiz de garantias se confirmou a prisão preventiva. Inecip-OSF, 2012, p. 55.

Não existem iniciativas sistemáticas para utilizar, de modo generalizado, as medidas cautelares alternativas e substitutivas da prisão preventiva. Essas medidas, à exceção da fiança, são vistas como equivalentes à impunidade ou falta de controle porque não se desenvolvem dispositivos capazes de exercer um controle efetivo sobre elas. O relatório mencionado indica que os tribunais nem sequer contam com registros confiáveis sobre que tipo de medidas substitutivas ou alternativas são aplicadas, para que casos, com que porcentagens de cumprimento etc.[177]

Interpretam-se com vagueza as restrições à prisão preventiva como instrumento processual, e a maioria dos estados combina o critério "processual" com o "substancial", ou seja, aplicam a prisão preventiva como substituta ou adiamento da pena. Esse "substancialismo" é encoberto utilizando o tempo da eventual condenação como um indicador do risco processual, isto é, como uma presunção de que o acusado por um delito com pena de mais de três anos tentará prejudicar a investigação ou fugir.

Além disso, a aceitação dos critérios substanciais por parte da CSJN e os tribunais estaduais desarticula o desenho constitucional original, admitindo a prisão preventiva por razões como a gravidade do delito ou o temor de uma testemunha.

3.3.2 Direito à presença e participação direta durante o julgamento

Esse direito não é mencionado pelas constituições, mas a doutrina interpreta sistematicamente que integra a garantia de inviolabilidade da defesa judicial. A Lei permite a presença e participação do acusado durante as etapas prévias ao julgamento, ainda que com diferente extensão: em Córdoba poderá ser permitida sua presença quando for útil para esclarecer os fatos ou necessária pela natureza do ato; em Buenos Aires, além disso, quando se tratar de atos definitivos e irrepetíveis. Em todos os casos, o acusado deverá estar presente no julgamento.[178] Em Chubut, em compensação, a oralidade do processo garante os princípios de imediação e do contraditório, e o direito a presenciar todas as audiências nas quais decisões judiciais relativas ao acusado sejam tomadas.[179]

177 *Ibid.,* pp. 21 e 89-90.

178 CPPC, 308, 375; CPPCH, 169, 307; CPPBA, 276, 345.

179 CPPCH, 2.

As leis não admitem que uma pessoa seja julgada por um delito em sua ausência, e o não comparecimento do acusado no julgamento ("revelia") é uma causa de suspensão dos procedimentos e de seus prazos.[180]

Esse direito se cumpre razoavelmente em relação à presença do acusado no julgamento, mas nem sempre ela significa poder exercer efetivamente sua defesa. Algumas das pessoas presas entrevistadas manifestaram que só puderam falar com os juízes que as condenaram durante a audiência do julgamento, e todas elas sentiram que suas palavras não foram consideradas. Em Córdoba, 82,85% dos entrevistados garantiram "não terem sido escutados pelo juiz" (*tradução nossa*).[181] Concede-se aos acusados a última palavra, porém mais como um formalismo ritualístico do que como um elemento importante no debate.

Não parece que a presença dos acusados tenha algum efeito significativo, especialmente quando o debate transcorre mais em discussões técnicas do que sobre os fatos, como o marcado desequilíbrio que observamos a favor da acusação (juízes que se guiam pela narrativa do procurador, pela introdução de provas por leitura etc.), especialmente em Córdoba e Buenos Aires. Isso não se deve apenas à cultura altamente ritualista, mas também a uma cultura que banaliza a presença ou participação dos acusados.

3.3.3 Direito à presunção de inocência e a ser tratado como tal

A CN proíbe a aplicação de uma pena sem julgamento prévio fundado em lei anterior ao fato do processo: o princípio da presunção de inocência se infere do mesmo artigo que considera inviolável a defesa em julgamento; assim tem sido interpretado consistentemente pelos tribunais. Os tratados internacionais incorporados no artigo 75, inciso 22, da CN consolidam esse princípio.[182]

As constituições estaduais estabelecem garantias semelhantes,[183] que são reproduzidas pelos códigos; o de Córdoba adiciona uma cláusula de interpretação restritiva das medidas que restrinjam a liberdade pessoal, limitem o exercício de um direito ou estabeleçam sanções processuais ou exclusões probatórias; o de Chubut

180 CPPC, 86; CPPCH, 85; CPPBA, 303.

181 INECIP-OSF, 2012, p. 56.

182 CN 18. DUDH, 11.1; DADH, 26; CADH, 8.2; PDCP, 14.2; CTTPDC, 15; CDN, 40.b. I.

183 CCOR, 39; CCH, 43; CPBA, 16.

estipula que as autoridades não poderão apresentar o acusado como culpado.[184] Além disso, estabelecem que o ônus da prova corresponde ao órgão acusador, que somente poderá obter uma condenação se conseguir demonstrar ao tribunal de julgamento que há, nos fatos da acusação, "plena certeza de culpabilidade".[185]

A CSJN sustenta que "toda pessoa deve ser considerada e tratada como inocente dos delitos que lhe são imputados até que no julgamento respeitoso do devido processo se demonstre o contrário mediante uma sentença transitada em julgado" (*tradução nossa*).[186] No *Caso Díaz Bessone*, a CNCP parece consolidar o princípio ao proibir que a prisão preventiva seja imposta automaticamente, mas ao mesmo tempo legitima as presunções de perigo processual; portanto, viola o princípio da presunção de inocência. O voto dissidente a juíza Ángela Ledesma propôs "inverter a pergunta […] e definir quando procede o encarceramento preventivo" (*tradução nossa*).[187]

O TSJ deriva disso que "o estado jurídico de inocência deve ser destruído pela prova fornecida pelos órgãos de persecução penal do Estado" (*tradução nossa*).[188] Contudo, como vimos em *Bustos Fierro,* também consagra presunções contrárias ao princípio da presunção de inocência que não permitem prova em contrário.

Na prática, os procuradores e seus agentes costumam desrespeitar esse princípio pelo uso abusivo da prisão preventiva e interpretações legais forçadas a fim de conseguirem sentenças condenatórias.

Tanto os procuradores quanto a polícia costumam apresentar os acusados ante os meios de comunicação sem preservar sua condição de inocentes, e os meios de comunicação costumam produzir essa imagem de culpabilidade.[189] Os juízes não são proativos na proteção da presunção de inocência.

184 CPPC, 1, 3; CPPCH, 7; CPPBA, 1.

185 CPPC, 406.

186 CSJN, n. 284 XXXII REX, *Nápoli, Erika Elizabeth e outros s/ infração art. 139 bis CP*, sentença de 22 de dezembro de 1998.

187 CNCP, Plenário 13, *Díaz Bessone*, sentença 30 de outubro de 2008, voto da doutora Ángela Ledesma. Esta adiciona que "por império constitucional é o Estado que deve demonstrar que existem razões que tornam necessário encarcerar uma pessoa durante o processo e não como acontece atualmente, em que se inverte o ônus da prova e exige-se ao acusado que demonstre que não eludirá ou afetará o agir da justiça" (*tradução nossa*).

188 TSJ, sentença 66, *Chandler, Javier Horacio e outro p.s.a. de roubo qualificado — Recurso de Cassação*, 4 de julho de 2005.

189 Os meios de comunicação tratam de três maneiras básicas o encarceramento cautelar: "Aqueles que não explicam as razões pelas quais uma pessoa fica em liberdade ou prisão preventiva e as que informam o conteúdo ou as razões pelas quais essa decisão foi tomada. Dentro desta última, [...] em muitas ocasiões, a informação é apresentada de tal forma que qualquer dado que seja oferecido fica ofuscado pelo titular" (*tradução nossa*) (INECIP-OSF 2012, p. 95).

A extensão do uso da prisão preventiva e a sinergia entre juízes de garantia e procuradores geram uma distorção entre o princípio da presunção de inocência declarado pelos juízes e suas práticas concretas. Os discursos políticos responsabilizam pela insegurança os juízes que permitem que "os delinquentes entrem por uma porta e saiam pela outra", o que fomenta leis altamente punitivas.

Finalmente, reiteramos a prática judicial de aplicar condenações (embora leves) sem plena certeza de culpabilidade, para "justificar" o tempo que uma pessoa esteve sob prisão preventiva: o *Caso Carrera*[190] demostrou até que ponto os juízes podem condenar uma pessoa, apesar da ausência de provas de acusação sólidas.

3.3.4 Direito a permanecer em silêncio durante todo o processo

A CN e estaduais ordenam que ninguém pode ser obrigado a depor contra si mesmo.[191] Os códigos reconhecem ao acusado o direito de se abster de depor durante todo o processo. Não lhe será requerido juramento ou promessa de dizer a verdade nem serão exercidos contra ele coação, ameaça ou meio algum para obrigá-lo a depor contra sua vontade, tudo isso sob pena de nulidade.[192] O depoimento do acusado sempre é um meio de defesa, razão pela qual o procurador não pode convocá-lo a prestar depoimento se não for a seu pedido e com a presença de seu defensor. O acusado, além disso, pode depor perante o juiz em qualquer momento.

A CSJN admite o depoimento do acusado em na delegacia que não seja produto de uma coação; no entanto, em seu voto dissidente o juiz Zaffaroni afasta essa solução porque considera duvidosa a espontaneidade do acusado (que estava preso) e recomenda as precauções extremas para garantir que o depoimento seja espontâneo.[193]

190 Fernando Carrera foi acusado de atropelar e matar três pessoas enquanto fugia da polícia que o perseguia por um roubo. Carrera demostrou que somente circulava casualmente pelo lugar dos fatos e escapou porque acreditava que ele mesmo era vítima de um assalto já que os policiais não vestiam uniforme e seu automóvel não tinha identificação. Estes o capturaram e deixaram-no inconsciente, estado no qual atropelou as três pessoas. Durante o julgamento, sua defesa conseguiu demonstrar que a prova de acusação foi "fabricada" para obter um culpado e exonerar a polícia, mas foi condenado da mesma forma. A CSJN anulou sua condenação por graves irregularidades na investigação, mas voltou a ser condenado pela mesma CFCP que já o tinha condenado anteriormente. O caso deu origem a um documentário chamado *El Rati Horror Show* (www.youtube.com/watch?v=_u4P-cG8S0TI). Ver http://www.lanacion.com.ar/1610018-masacre-de-pompeya-vuelven-a-condenar-a-fernando-carrera.

191 CN, 18, 75.22; CCOR, 40; CCH, 45; CPBA, 29.

192 CPPC, 259; CPPCH, 82.2 e 6, 86; CPPBA, 310.

193 CSJN, M. 3710 XXXVIII, *Minaglia, Mauro Omar e outra s/ infração Lei 23.737 (art. 5 inc. c)*, sentença de 4 de setembro de 2007.

O TSJ sustenta que "o princípio da presunção de inocência autoriza o acusado a exercer sua defesa por meio de um comportamento processual passivo e implica a proibição de obrigá-lo a depor contra si mesmo" (*tradução nossa*).[194] A SCBA adiciona que em sua defesa "o réu pode conservar o mais absoluto silêncio e até mentir visto que ninguém está obrigado a depor contra si mesmo" (*tradução nossa*).[195] Por sua vez, o TCPBA indicou que "não existe violação à defesa em julgamento do acusado se, ao receber dele depoimento, ele tenha sido informado a respeito do fato que lhe é atribuído, das provas contra ele existentes, bem como que seu silêncio ou abstenção de depor não implicaria presunção de culpabilidade alguma contra ele, havendo notificado previamente ao Defensor" (*tradução nossa*).[196]

Na prática, esse direito é respeitado "pela metade", segundo relatam as pessoas presas e os advogados entrevistados. Durante a etapa de investigação e de julgamento, geralmente os acusados não são obrigados a depor contra si mesmos, embora os procuradores e juízes costumem ignorar as denúncias de coação do período em estiveram nas mãos da polícia. Em Córdoba, a polícia costuma sugerir aos detidos por contravenções que "aceitem" uma contravenção menor em troca de não serem acusados de delitos.[197]

Por outro lado, a introdução por leitura dos depoimentos que o acusado formulou na investigação também enfraquece o direito ao silêncio durante o julgamento, porque todo registro de um depoimento que o prejudique chegará à vista do juiz, ainda quando não seja admitido como evidência no julgamento.

3.3.5 Direito a decisões fundamentadas

A CN estabelece de maneira oblíqua o direito a uma decisão fundamentada visto que a inviolabilidade da defesa em julgamento requer que as sentenças estejam assentadas sobre um raciocínio lógico e legalmente sólido, o que as constituições estaduais explicitam.[198]

194 TSJ, *Chandler*, já citado.

195 SCBA, Causa P 30.056.

196 TCPBA, Sala I, *M., p. s/ Recurso de Cassação*, sentença de 28 de novembro de 2002.

197 Em um caso concreto ordenaram a um grupo de jovens "admitirem" distúrbios em via pública, embora na realidade tenham sido detidos por fumar maconha em uma praça. Isso foi despenalizado pela CSJN, mas obrigaria os jovens a complementarem trâmites judiciais exaustivos e caros.

198 CN, 18. CCOR, 155; CCH, 169; CPBA, 171.

Os códigos exigem que as sentenças devam conter cada uma das questões propostas na deliberação, expor os motivos de fato e de direito em que estão baseadas, determinar com precisão o fato acreditado e as normas aplicadas; em Chubut se agrega que a prova deve valorar-se conjunta e harmonicamente, e não poderá ser substituída a fundamentação pela mera leitura de documentos, afirmações dogmáticas, ficções legais, expressões ritualísticas ou apelos morais.[199] Nesse estado, os tribunais colegiados, inclusive a Câmara Criminal do TSJ, devem votar e fundamentar individualmente cada voto, enquanto nos outros, as decisões dos tribunais podem ser construídas com o voto fundamentado de um de seus integrantes e a simples adesão do restante.

A violação da fundamentação adequada é causa de nulidade por meio do recurso de cassação por inobservância ou errônea aplicação da lei; em Chubut, além disso, é causa de mau desempenho e pode acarretar a remoção do magistrado.[200] Especificamente, a prisão preventiva deverá explicitar em seus fundamentos os indícios de que o acusado tentará obstruir a investigação ou evadir uma eventual condenação; em Córdoba, ainda, deve-se fundamentar a escala penal aplicável.[201]

Em *Carrera*, a CSJN tornou sem efeito uma sentença da CFCP porque "não tratou de modo suficiente e acabado os argumentos propostos pela defesa no recurso contra a condenação com base nos elementos probatórios que expressamente individualizara" (*tradução nossa*).[202] O TSJ também considerou que as decisões devem estar assentadas nas regras da crítica sã, cuja ausência constitui um vício sanável mediante o recurso de cassação.[203]

Contudo, é usual encontrar decisões com graves vícios lógicos e formais. No momento de decidir sobre a prisão preventiva, os juízes utilizam fórmulas vazias que contradizem a prova oferecida. Frequentemente, as sentenças se baseiam em informação que não foi produzida no julgamento, mas sim que ingressa por meio do "sumário", isto é, do raciocínio (usualmente condenatório) que deriva da informação fornecida por só uma das partes e não produzida na audiência oral e pública.

A individualização da pena costuma ser estabelecida de modo bastante leviano e sem esmero argumentativo aplicado à determinação de culpabilidade pelos fatos acusados. O fato de que, no mesmo julgamento, perante o mesmo juiz e com a

199 CPPC, 408; CPPCH 254, 330.3, 329; CPPBA, 106.

200 CPPC, 468; CPPCH, 25, 169; CPPBA, 448.1, 456.

201 CPPC, 282; CPPCH, 223; CPPBA, 158.

202 CSJN, C. 927 XVIV RHE, *Carrera, Fernando Ariel s/ Causa 8398*, sentença de 5 de junho de 2013.

203 TSJ, Sentença 242, *Aguirre, Víctor Hugo p.s.a. homicídio qualificado etc. — Recurso de Cassação*, 11 de setembro de 2008.

mesma prova deva argumentar-se e decidir sobre ambas as questões, já se mostra problemático. Em Córdoba, os tribunais de julgamento podem utilizar os critérios para a determinação da pena sem apego à informação produzida na audiência e com níveis de discricionariedade realmente elevados.[204]

Um advogado de Córdoba relata que os juízes costumam "omitir" certas informações na ata de debate que possam contradizer os fundamentos de suas decisões e proíbem os advogados que filmem ou gravem as audiências; uma pessoa que esteve presa em Buenos Aires informa que "não coincidia o que me condenaram com o que me acusaram". Uma defensora oficial menciona "investigações malfeitas que se validam, nulidades que não se declaram, prender com muito pouco para que a Câmara o valide" (*tradução nossa*).

Além disso, é uma prática absolutamente difundida redigir as sentenças em termos confusos, que as tornem incompreensíveis para a maioria dos acusados. Costumam ser excessivamente longas, o que pode levar à falta de clareza sobre seus argumentos. O mencionado *Caso Carrera*[205] revelou o nível de arbitrariedade de que costumam padecer as sentenças penais, particularmente quando, como narra um advogado entrevistado, alguns juízes parecem entrar no julgamento já com o mandato de condenar o acusado.

3.3.6 Direito a uma revisão integral da sentença condenatória

Esse direito integra as garantias constitucionais de defesa judicial, embora não esteja expressamente reconhecido, salvo em Chubut, cuja constituição ordena que se a condenação exceder os 10 anos, o TSJ intervirá em consulta.[206] Os códigos descrevem o recurso contra a condenação fundamentado na inobservância ou interpretação errônea da lei ou das normas estabelecidas sob a pena de inadmissibilidade, caducidade ou nulidade.[207] Em Chubut, o recurso do acusado é amplo e inclui a possibilidade de produzir prova na audiência.[208] Em Buenos Aires, admite-se

204 Ver Bertone, 2010.

205 Ao revisá-lo e ordenar um novo julgamento, a CSJN chamou a atenção dos juízes inferiores para a quantidade e gravidade de arbitrariedades cometidas na análise da prova. Toda prova favorável a Carreras foi cuidadosamente omitida por procuradores e juízes até chegar à Suprema Corte. Nada indica que se trate de um caso excepcional, salvo pela pressão dos meios de comunicação em ambos os sentidos.

206 CN, 18, 75.22; CCOR, 40; CCH, 45, 179.2; CPBA, 15.

207 CPPC, 468; CPPCH, 374, 375, 377; CPPBA, 448, 450.

208 CPPCH, 374.

o recurso quando a sentença declarar erroneamente a existência de um fato e da participação do acusado nele.

Podem ser revisadas as sentenças quando: (i) sua condenação está fundamentada em leis que o acusado alegou serem inconstitucionais; (ii) foi negado um recurso ante outro tribunal; (iii) vícios na autenticidade ou veracidade de provas ou testemunhos foram conhecidos depois da condenação; (iv) cometeram-se delitos ou coações; (v) uma lei foi sancionada ou surgiu uma interpretação mais benigna enquanto se elaborava o recurso ou depois.[209]

Na sentença *Casal*, a CSJN seguiu o precedente da Corte IDH no *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.* Por meio dessa sentença, foi incorporada a doutrina do "máximo rendimento" dos recursos, especialmente o da cassação, afirmando que não se pode limitar a uma análise lógica da aplicação da lei, mas sim que se deve admitir de forma ampla e incorporar uma análise dos fatos para garantir o direito a uma revisão integral da condenação.[210] Além disso, ordenou que, no momento de se pronunciar sobre questões não regulamentadas (como o cômputo dos prazos para recorrer), os tribunais devem optar pela interpretação mais favorável à procedência do recurso.[211]

Também o TSJ ordenou que o direito constitucional ao recurso se projete na interpretação ampla de sua regulamentação e permita um acesso efetivo a ele.[212] A SCBA, por sua vez, aderiu a *Casal* e explicou que o recurso de cassação é a forma de dar cumprimento ao direito constitucional à revisão condenatória.[213] Deve-se tratar de um "remédio efetivo que permita examinar a validade da sentença recorrida com relativa simplicidade" (*tradução nossa*).[214] Também o TSJ refere a *Casal* eliminando formalismos e trâmites desnecessários para conceder os recursos.[215]

É verdade que, na prática, superaram-se certos excessos formais, especialmente em Chubut, que prescinde do conceito clássico de recurso de cassação. Contudo, as demoras excessivas em seu trâmite (escrito e supérfluo em Córdoba e Buenos Aires) o tornam pouco efetivo quando se trata de decisões que requerem uma decisão rápida,

209 CPPC, 483, 485, 489; CPPBA, 450, 448, 461, 467; CPPCH, 388, 389.

210 CSJN, *Casal,* cit.

211 CSJN, C. 1787 XL, *Cardozo, Gustavo s/ Recurso de Cassação*, sentença de 20 de junho de 2006.

212 TSJ, Sentença 152, *Gauna, Ángel Roberto p.s.a. homicídio – Recurso de Revisão*, 28 de dezembro de 2005.

213 SCBA, *N., D. s/ Recurso de Cassação*, sentença de 20 de novembro de 2002.

214 SCBA, *B., M. A. Recurso de Cassação*, sentença de 1 de março de 2006.

215 TSJ, *García, Néstor Fabián e Outros*, cit.

principalmente quando o condenado está preso. Nesses estados, pode demorar uns seis meses até que o acusado obtenha uma decisão final sobre sua situação de liberdade.

Os procuradores, juízes e até algumas pessoas presas entrevistadas advertiram que os recursos muitas vezes estão mal elaborados e são recusados, especialmente quando são apresentados por um advogado particular pouco responsável. Em contrapartida, todos os funcionários indicam que a prática constante dos defensores públicos lhes permite apresentar recursos mais bem articulados e bem-sucedidos do que a maioria dos advogados particulares. Inclusive existem gabinetes especiais, como o caso da Defensoria ante o Tribunal de Cassação, em Buenos Aires, ocupadas especificamente em trabalhar com os recursos interpostos pelos defensores públicos.

3.3.7 Direito à defesa efetiva durante a execução da pena

A Lei Nacional de Execução Penal (à qual os estados aderem) outorga aos presos direitos básicos de defesa contra sanções disciplinares.[216] O preso não poderá ser sancionado duas vezes pelo mesmo fato e, em caso de dúvida, inclina-se ao que lhe for mais favorável.[217]

Pode-se recorrer das sanções perante o juiz de execução ou juiz competente, o que deve ser informado ao condenado quando este é notificado sobre a decisão. As sanções e os recursos que interpuserem os sancionados devem ser notificados ao juiz pela via mais rápida disponível dentro de seis horas depois de proferida, e, se o juiz não resolver o recurso do sancionado dentro dos 60 dias, a sanção permanecerá em julgado.[218] Os códigos processuais também incluem o direito à defesa técnica do condenado nos incidentes relativos a sanções, benefícios, direitos e liberdades, embora em Chubut e Buenos Aires, esses incidentes também tenham lugar em uma audiência oral e pública, em oposição ao trâmite escrito de Córdoba.[219]

Tanto Chubut quanto Buenos Aires contam com registros de torturas nos cárceres, o que favorece o exercício dos direitos dos presos.[220]

216 Lei 24.660 (doravante, LNEP), art. 91. Incluem o direito a ser informado da infração atribuída, a apresentar sua defesa, oferecer prova e ser recebido pelo diretor do estabelecimento antes de proferir uma decisão fundada.

217 LNEP, 92, 93.

218 LNEP, 96, 97.

219 CPPC, 502; CPPCH 9, 399; CPPBA, 1, 498 e Lei 12.256 de Execução Penal, 3.a, 9.9.

220 LODP-CH, 10.2, 20.2, 21.6; LOMP-BA 24.3. A Resolução do Defensor Geral de Chubut 86/04 de 6 de julho de 2004 cria o Banco de Dados de Tortura. Disponível em: http://www.defensachubut.gov.ar/userfiles/file/bancodatos/86-04_crea_bd.pdf.

A CSJN sustenta que, quando se tratar de recursos *in pauperis*, sua falta de fundamentação por parte do defensor implica um prejuízo inadmissível aos direitos de defesa, que impede a manutenção da sanção aplicada ao interno.[221] O TSJ regularmente atende aos pedidos dos condenados, inclusive dispôs recentemente o deslocamento de uma pessoa *trans* à unidade de detenção feminina em atenção à sua autopercepção de identidade de gênero.[222] Também, no citado *Caso García,* recomenda o amplo direito de defesa dos condenados.

As pessoas presas entrevistadas manifestaram que têm dificuldades para recorrer, o que corrobora o relatório citado que indica que 40% dos entrevistados não puderam recorrer da sentença.[223] No entanto, os defensores públicos de condenados (pelo menos em Córdoba) exibiram registros de uma grande quantidade de recursos e pedidos referentes à condenação, às sanções disciplinares e aos benefícios e direitos dos presos. Também os advogados particulares entrevistados manifestaram continuar às vezes com a defesa dos condenados ainda que os juízes e defensores de execução indiquem que são poucos os advogados particulares que prestam um bom serviço aos condenados. Por isso, mais de 90% das representações a favor deles são realizadas pelos defensores públicos.

Todos os entrevistados disseram que, geralmente, quando uma pessoa é condenada, "fica sem dinheiro" e, por isso, dificilmente consegue um advogado particular.

Em Chubut, os juízes do Colégio cumprem a tarefa de juiz de execução rotativamente por períodos anuais. Todas as questões relativas à execução da pena são analisadas em audiências orais. Deve ser salientada a política sustentada pela Defensoria Pública em Chubut, a qual realiza ações permanentes de prevenção e denúncia de torturas em estabelecimentos prisionais. A Defensoria apresenta periodicamente relatórios de monitoramento das condições de detenção.[224]

3.4 Garantias da efetividade da defesa

3.4.1 Direito a investigar o caso e propor provas

Os códigos processuais garantem que os fatos e as circunstâncias do caso possam ser provados por qualquer meio de provas, o que é válido também para a defesa

221 CSJN, S. 62. XL, *Recurso de Fato Schenone, Carlos s/ Causa 1423*, sentença de 3 de outubro de 2006.

222 TSJ, Sentença 255, *P, L. D. (o) R. J. s/ Execução de pena privativa de liberdade*, 2 de setembro de 2013.

223 Inecip-OSF, 2012, p. 56.

224 Ver MDPCH, 2012.

que desejar fazê-lo.[225] Isso inclui o direito de buscar provas, investigar fatos e entrevistar testemunhas ou especialistas, bem como solicitar que os procuradores os interroguem. Em Chubut, se o procurador considerar impertinentes as medidas propostas pela defesa, esta poderá reclamar um pronunciamento definitivo do juiz.[226] Somente em Chubut o código processual enuncia explicitamente o princípio de paridade de armas.[227]

Em Córdoba, somente se enunciam genericamente esses poderes e a possibilidade de controlar a prova da acusação. As leis de Chubut e Buenos Aires promovem uma investigação independente por parte da defesa, que pode requerer ao procurador ou ao juiz os serviços de um consultor técnico ou de especialistas. O juiz somente pode negá-lo se o considerar excessivo.[228] Explicitamente se estabelece o direito da defesa a marcar entrevistas privadas com testemunhas. Em Buenos Aires, os defensores podem pedir ao Defensor Geral a designação de peritos e especialistas para oferecer um melhor serviço. Em Chubut, a lei prevê um orçamento especial para contratar auxiliares técnicos, peritos ou especialistas.[229]

Nos três estados, a defesa pode solicitar antecipação de provas se for considerado que as testemunhas não poderão comparecer ao julgamento ou se temer que possam ser induzidas a falsificar seu depoimento.[230]

A SCBA requer que se tenha atendido às medidas propostas pela defesa.[231] Também o TSJ reconhece esse direito, mas equilibrando-o com o interesse superior da criança para denegar a reprodução de entrevistas por meio da câmara de Gesell.[232]

Na prática, esses direitos são garantidos de forma relativa. As principais limitações estão relacionadas com o custo econômico da obtenção e apresentação de provas técnicas e com certa deficiência da cultura jurídica dos defensores para utilizar ativamente as ferramentas de produção autônoma de prova. Segundo os advogados entrevistados, não é habitual que os defensores desenvolvam uma investigação própria, mais além de conseguir algumas testemunhas de inocência. Normalmente, limitam-se a controlar e questionar as medidas ordenadas pela Procuradoria e, muito excepcionalmente, se

225 CPPC, 192; CPPCH, 165; CPPBA, 209.

226 CPPC, 335; CPPCH 195, 198, 209, 278; CPPBA, 274.

227 CPPCH, 17.

228 CPPC, 308; CPPCH 125, 167; CPPBA,276, 214. Além disso, LOMP-BA, 35.

229 LOMP-BA, 98; LOMP-CH 62.

230 CPCC, 308, 330; CPPCH, 186, 279; CPPBA, 274.

231 SCBA, *N., s/ roubos reiterados*, sentença de 9 de novembro de 1984.

232 TSJ, *Estado de Chubut c/ Castro, Eduardo Alfredo*, sentença de 21 de abril de 2008.

o acusado conta com recursos, solicitam a intervenção de peritos ou especialistas. Os defensores públicos também insistem na falta de recursos para produzir certas provas.

Em contextos (como o de Córdoba) em que cerca de 80% dos casos que chegam a julgamento são delitos contra a propriedade e uma altíssima porcentagem deles são casos de flagrância, persiste o mito de que "investigar" pressupõe amplos recursos técnicos para "fazer perícias". Mais além do esforço das defensorias públicas, é unânime a percepção de que somente um acusado com muitos recursos poderá assumir os custos de provas que possam ter impacto. Em Chubut, onde o sistema tem avançado decididamente na direção de um modelo adversarial, a litigância é mais exigente e a defensoria pública tem desenvolvido uma organização compatível com essas exigências. Observa-se um desenvolvimento incipiente de recursos de investigação próprios da defensoria, bem como orçamento disponível para requerer elementos técnicos.

Nesse ponto, incide a cultura jurídica tradicional, em um contexto geral de transição a sistemas acusatórios. Os defensores, em geral, não desenvolveram práticas de contrainterrogatório. Há muitos incentivos para que isso não ocorra: os juízes entram na sala de julgamentos com o inquérito policial lido (e com uma decisão pré-construída) e é comum que supram a inatividade das partes no julgamento. Os códigos mais antigos (os de Córdoba e Buenos Aires) nem sequer regulamentam detalhadamente o contrainterrogatório. Nesse contexto, não é usual que os defensores questionem a prova da Procuradoria baseados em informação com respaldo independente. Por outro lado, os procuradores costumam interpretar de forma ampla seu poder de descartar meios de prova propostos pela defesa, o que acaba dificultando o exercício desse direito.

É incompatível com os padrões latino-americanos que na Argentina o exercício de um direito fundamental continue sendo tão alheio aos costumes forenses e que se assuma que depende tão claramente dos recursos do acusado. Isso leva a defesa a não ser proativa nem baseada em uma teoria do caso favorável ao acusado, mas que continue sendo predominantemente reativa e crítica a respeito da investigação da acusação.

3.4.2 Direito a contar com suficiente tempo e possibilidades para preparar a defesa

Esse direito não está previsto expressamente como tal no âmbito constitucional ou legal, mas sim deriva do direito a não depor contra si mesmo. O acusado tem direito a permanecer em silêncio e depor quando preferir, e como a investigação penal costuma

ser desenvolvida ao longo de vários meses, geralmente, conta com suficiente tempo para preparar sua defesa.

Os únicos prazos que devem ser respeitados, sob pena de nulidade, se referem ao abandono da defesa durante ou pouco antes da audiência de julgamento: o novo defensor pode solicitar, uma única vez, uma prorrogação máxima de três dias para a audiência.[233] Essa prorrogação permite ao defensor que prepare uma defesa eficaz em um tempo razoável.

Se, durante a audiência, forem revelados novos delitos ou circunstâncias agravantes, ou um fato diferente do acusado, o procurador pode ampliar a acusação e o acusado pode pedir uma suspensão do julgamento para oferecer novas provas ou preparar a defesa.[234] Uma vez que a Procuradoria acusa formalmente, o prazo para determinar o início do julgamento é entre 10 e 60 dias em Córdoba e Chubut, e dentro dos seis meses em Buenos Aires.[235]

As leis de Chubut e Buenos Aires preveem expressamente o direito do acusado a encontrar-se com o defensor em condições que garantam confidencialidade, o que implica contar com um lugar adequado para a preparação da defesa.[236]

Somente a jurisprudência do TSJ faz referência à necessidade de ter um tempo mínimo para realizar uma estratégia defensiva, sem o qual o pedido do procurador para levar a julgamento é nulo.[237]

Nenhuma das pessoas entrevistadas manifestou ter problemas para contar com o tempo suficiente para preparar a defesa. Pelo contrário, todas indicaram que o acesso a recursos econômicos é fundamental para contratar especialistas ou localizar testemunhas e levá-los ao julgamento, por isso as possibilidades de exercício efetivo da defesa parecem depender mais dos recursos do que do tempo disponível.

Em geral, permite-se um livre acesso à informação do dossiê da Procuradoria desde o início do inquérito, portanto, segundo os advogados, o tempo que possuem para preparar um julgamento é normalmente razoável. A prática de basear a defesa quase com exclusividade na informação organizada pela Procuradoria também contribui para o fortalecimento da percepção de que o tempo é suficiente.

233 CPPC, 126; CPPCH, 95; CPPBA, 97.

234 CPPC, 374, 185; CPPCH, 316.7, 161; CPPBA, 344.8, 202. Em Córdoba e Buenos Aires têm até 15 dias e em Chubut, 10.

235 CPPC, 367; CPPCH, 300; CPPBA, 339.

236 CPPCH, 82.3; LOMP-BA, 34.

237 TSJ, Sentença 137, *Alfaro Farías, Sergio p.s.a. roubo*, sentença de 20 de abril de 2012.

Sobre as possibilidades de ter um espaço adequado para que o advogado e o cliente trabalhem na preparação da defesa, já mencionamos que as condições dos espaços de reunião, quando há detidos, estão longe de serem adequadas.

Por isso, é plausível afirmar que a Argentina atinge os padrões latino-americanos quanto ao tempo para preparar a defesa e ao acesso ao inquérito, mas não quanto ao espaço adequado para os presos conversarem com seus defensores com privacidade. Esse tema claramente continua sofrendo de um déficit em todo o país.

3.4.3 Paridade de armas na produção e no controle da prova em todas as instâncias

Os códigos permitem à defesa apresentar provas de inocência durante as etapas que antecedem o julgamento. Ao mesmo tempo, permitem ao procurador recusá-la por impertinência ou irrelevância.[238] Frequentemente isso é percebido pela defesa como um desequilíbrio causado pela falta de uma cultura em que a defesa possa realizar investigações independentes.[239]

Na etapa de preparação do julgamento, o procedimento para oferecer provas é relativamente equilibrado. Em Córdoba, o tribunal pode recusar as testemunhas propostas pela defesa se parecerem impertinentes ou excessivas; enquanto em Buenos Aires as partes podem pedir uma audiência preliminar para discutir sobre a prova, e o tribunal pode apenas "sugerir" que prescindam da prova supérflua, mas não excluir a prova legitimamente introduzida.[240]

Durante o julgamento, em Córdoba, o tribunal pode introduzir nova prova a pedido das partes e incluir os registros de testemunhas que não compareceram ao julgamento ou pareceres de especialistas sem que eles testemunhem. Também podem contrastar os depoimentos prévios do acusado ou das testemunhas com os efetuados durante o inquérito e interrogar as testemunhas.[241]

Em Buenos Aires, o tribunal não poderá basear sua sentença nos registros da investigação, mas a lei prevê várias exceções a esse princípio e permite a introdução de numerosos elementos de prova que não tenham sido produzidos em juízo.[242]

238 CPPC, 335; CPPCH, 278; CPPBA, 273.
239 CPPC, 335; CPPBA, 334.
240 CPPC, 363, 364; CPPBA, 338.
241 CPPC, 365, 385, 397, 396.
242 CPPBA, 366.

Em Chubut, a admissão das provas da Procuradoria e da defesa é debatida em uma audiência oral e pública preliminar ao julgamento, perante um juiz diferente aos integrantes do tribunal de julgamento. Esse juiz deve fundamentar sua recusa ou admissão dos depoimentos oferecidos, os quais poderão igualmente ser aceitos pelo tribunal.[243] O tribunal de julgamento não pode conhecer previamente o caso e é proibida a introdução por leitura de documentos que não sejam absolutamente indispensáveis; as exceções à oralidade estão restringidas legalmente.[244]

As testemunhas e os peritos serão interrogados pelas partes no julgamento: em primeiro lugar, quem houver proposto e, depois, a contraparte. Por solicitação de alguma delas pode ser autorizado um novo interrogatório e, em caso de negativa, o juiz poderá permitir a leitura de depoimentos ou relatórios anteriores.[245] Em Chubut, os juízes não poderão suprir as perguntas das partes, enquanto em Córdoba e Buenos Aires, interveem mais ativamente visto que o presidente do tribunal conta com poderes para interrogar as testemunhas e, inclusive, para convidá-las a "depor espontaneamente" antes de serem interrogadas pelas partes.[246]

Chubut é o único estado cuja legislação diferencia o interrogatório direto do contrainterrogatório.[247] Regula a utilização de perguntas sugestivas ou indicativas como ferramenta de contrainterrogatório e proíbe sua utilização durante o exame direto. Córdoba e Buenos Aires regulamentam os depoimentos como uma prova que se produz durante na etapa de investigação (com a técnica legislativa própria dos modelos processuais inquisitoriais) e não diferenciam interrogatório de contrainterrogatório, devido a que, nesse modelo, quem interroga é o juiz de instrução. As diferenças de legislação impactam nas possibilidades de exercício do contraditório e o controle da prova da parte oposta durante o julgamento.

A CSJN considerou que incorporar por leitura depoimentos de acusação produzidos durante o inquérito sem controle do acusado impede que haja "oportunidade adequada e apropriada para questionar uma testemunha ou qualquer pessoa que tenha prestado depoimentos contrários" e viola o direito à defesa

243 CPPCH, 293, 295, 297, 299.

244 CPPCH, 300, 313, 314.

245 CPPC, 396; CPPCH, 325; CPPBA, 364.

246 CPPC, 396; CPPCH, 192; CPPBA, 364.

247 No estado de Buenos Aires, no final de 2013, foi aprovada uma Lei de Julgamento por Jurados. A lei introduziu mudanças nas regras de produção de provas durante o julgamento e avançou na regulamentação diferenciada do interrogatório e contrainterrogatório de testemunhas. A lei está em processo de implementação.

efetiva.[248] Também o TSJ reconhece o direito a "oferecer prova favorável a si, além disso, assistir e controlar a produção daquela contrária que se pretenda incorporar ao processo, em igualdade de condições",[249] mas, ao mesmo tempo, sustenta que os relatórios técnicos da polícia judiciária "para fazer constar o estado das pessoas, coisas e lugares mediante exames técnicos e demais operações que a polícia científica recomende, não requerem controle das partes" (*tradução nossa*).[250]

Por sua vez, o TCPBA reconhece como corolário do princípio de "paridade de armas" que cada parte possa produzir provas no julgamento oral e público.[251] O TSJ sustentou que, quando não se tomam as precauções legais para receber a prova irrepetível, desaparece a presunção de fé pública dos atos públicos.[252]

Os defensores entrevistados relatam que os juízes de garantia na etapa de investigação tendem a confirmar as decisões dos procuradores a respeito dos depoimentos e da prova proposta pela defesa, o que prejudica a paridade de armas. Assim, o procurador domina a produção de provas na etapa de investigação, com uma posição fraca da defesa, que costuma ficar submetida a seu critério. A prova assim obtida ingressará na etapa de julgamento, razão pela qual a primazia do procurador também produz consequências durante o debate, o qual, além disso (salvo em Chubut), será guiado pelos juízes de acordo com a teoria do caso do procurador.

Em Córdoba e Buenos Aires, é habitual incorporar durante o julgamento, como prova testemunhal, as atas dos depoimentos de testemunhas durante a etapa de investigação, sem a presença do acusado e/ou defensor. Isso costuma ser realizado sem que as testemunhas compareçam ao julgamento. Esses registros não são textuais nem versões taquigráficas desses depoimentos, mas sim interpretações feitas frequentemente pelos funcionários das procuradorias, sem que estejam claramente as perguntas junto com as respostas. Esse tipo de prática não cumpre com os requisitos de controle da prova testemunhal próprios de um sistema de julgamento oral.

248 CSJN, *Benítez, Aníbal Leonel*, cit.

249 TSJ, Sentença 178, *Sánchez, Luis Gerardo p.s.a. homicídio culposo agravado — Recurso de Cassação*, 30 de julho de 2010.

250 TSJ, Sentença 259, *Druetta, Hilda Haydée e outros p.ss.aa falsificação ideológica etc.*, 2 de novembro de 2009. Esse tipo de concepção, em um contexto de regulamentação do julgamento oral, em que não são estabelecidas com clareza o poder de contrainterrogar utilizando perguntas sugestivas, é claramente danosa para o exercício do controle por parte da defesa.

251 TCPBA, *Z., S. F. s/ Recurso de Cassação*, sentença de 29 de junho de 2010.

252 TSJ, *Zaleski, Cesar*, sentença de 4 de agosto de 1999.

Um problema adicional, especialmente em Córdoba, é o caráter de documento público atribuído aos documentos da Procuradoria, que obriga a defesa a apresentar uma impugnação especial (a "declaração de falsidade") extremamente exigente e raramente bem-sucedida, o que fortalece a posição relativa da acusação.

Em todas as jurisdições é patente a desproporção entre os recursos materiais da Defensoria Pública e dos procuradores, ainda que esteja atenuada em Chubut por sua dotação de recursos e sua organização institucional orientada à efetividade da defesa. A questão cultural da falta de práticas efetivas de interrogatório também se aplica para essas considerações.

As práticas relativas à produção de depoimentos de vítimas de abusos sexuais, crianças e outras testemunhas vulneráveis exigem um comentário especial. Práticas altamente inadequadas de utilização da câmara de Gesell têm sido estendidas, sem aplicar protocolos que sigam as recomendações internacionais na matéria ou tomar precauções para preservar o equilíbrio do processo. Junto com isso, observa-se a utilização de técnicos, profissionais e equipamentos completamente inadequados. As considerações sobre esse ponto excederiam a extensão e os limites deste trabalho.[253]

É claro que, nessas circunstâncias, não se pode sustentar que exista uma paridade de armas real visto que somente Chubut pode aproximar-se razoavelmente dela, particularmente quando a Defensoria Pública intervém.

3.4.4 Direito a contar com um intérprete de confiança e à tradução de documentos e provas

Nos três estados, a lei garante o acesso a um intérprete quando for necessário traduzir textos ou depoimentos em idioma diferente do nacional.[254] Sua designação compete tanto ao procurador quanto ao advogado defensor. Contudo, se o acusado pretender nomear um intérprete ou tradutor de confiança, deverá arcar com seus honorários.[255]

A Carta de Direitos dos Cidadãos do Estado de Chubut perante a Justiça garante intérpretes aos membros dos povos originários e aos estrangeiros[256] e, além

253 Sobre isso, ver Cerliani, 2012.

254 CPPC, 247; CPPCH, 86; CPPBA, 255.

255 CPPC, 246.

256 Doravante, CDCCHJ, 31, 33.

disso, a justiça criminal deverá adotar decisões oportunas e designar os recursos necessários para cumprir com esses direitos.[257]

A CNAPC tinha sustentado que a assistência de intérprete, quando se trate de atos de defesa, deve ser preservada ao máximo; mas, logo a CSJN impôs à defesa o ônus de esclarecer os prejuízos concretos causados pela ausência de intérprete no momento da prisão, quando se informam ao acusado seus direitos.[258]

Por outro lado, o TCPBA determinou que, quando o acusado não puder conhecer a natureza do caso por falar em idioma indígena, deve ter uma nova possibilidade de depor, com a presença de um especialista em seu idioma; caso contrário, serão nulas as diligências que forem consequências do primeiro depoimento.[259]

Os entrevistados em Córdoba e Buenos Aires manifestaram que raramente tiveram que recorrer a um intérprete ou tradutor e que, quando precisaram, foram pagos pelo Poder Judiciário. Contudo, um caso recente em Buenos Aires demonstrou que há um número incerto de indígenas ou imigrantes presos que jamais compreenderam o idioma em que foram julgados; portanto, não contaram com uma defesa efetiva.[260]

Chubut goza de uma proteção legal mais extensa e, embora não conte com tribunais que operem em línguas indígenas, a colaboração de instituições como a Pastoral do Indígena permite o cumprimento razoável desse direito.

O esforço realizado por Chubut, o único dos estados estudados que mantém uma população considerável que fala suas línguas ancestrais além do castelhano, posiciona-o nos padrões latino-americanos. Contudo, a controversa jurisprudência nacional põe em dúvida se a Argentina pode satisfazê-los em igual medida visto que admite numerosas exceções ao direito a contar, em todo o momento, com acesso a um tradutor ou intérprete. Isso pode tornar inteiramente ineficaz essa garantia, se já foram produzidos atos que determinam o destino do acusado.

257 CDCCHJ, 45. A Carta faz referência ao TSJ, ao Ministério Público, ao Conselho da Magistratura, a Associação de Magistrados e Funcionários e às Associações Públicas de Advogados.

258 CNAPC, *Hui He Jian s/ Inc. Lei 24.390*, Interlocutório de 8 de abril de 1999. Posteriormente, CSJN, *Fabbrocino, Giovanni s/ extradição*, sentença de 21 de novembro de 2000.

259 TCPBA, Sala I, *R., E. s/ Recurso de Cassação*, sentença de 12 de maio de 2009.

260 Trata-se de uma mulher de nacionalidade boliviana pertencente à etnia Ki-Chwua que foi julgada e condenada sem participação de um intérprete. Disponível em: http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-231199-2013-10-14.html.

4. A cultura profissional de defensores particulares e públicos

4.1 Regras e percepção sobre o papel dos advogados defensores e seus deveres com o cliente

4.1.1 O papel dos advogados nas regras das associações profissionais

Em todos os estados, a associação dos advogados é obrigatória. As associações profissionais de advogados são pessoas jurídicas públicas não estaduais, criadas por lei, governadas pelos próprios advogados mediante corpos representativos eleitos por seus pares periodicamente em eleições livres.[261] As leis colegiais não descrevem o papel dos advogados, somente mencionam os poderes de assessorar, patrocinar, representar e defender, e afirmam que gozam do respeito e consideração devidos aos magistrados.[262] Em Córdoba e Buenos Aires, consideram-se colaboradores do juiz e que estão a serviço da justiça, o que colide com a obrigação de representar exclusivamente os interesses de seus clientes, como prevê a lei de Chubut.[263] Somente esta inclui o dever de observar as constituições nacional e estadual, fundamentando um compromisso com a ordem constitucional ausente nas outras leis.[264] Além disso, dedica um capítulo inteiro do código de ética a seus deveres a respeito da ordem jurídico-institucional.[265] Em Buenos Aires, esse mandato está confiado às associações departamentais de advogados.[266]

Quase todos os advogados entrevistados manifestaram que assumem uma postura comprometida com a defesa de seus clientes, em muitos casos mesmo quando não são pagos; também denunciam práticas prejudiciais, como a de mentir aos clientes ou não lhes fornecer informação completa e atualizada, ou não se preocupar em investigar e preparar o caso. Isso é confirmado por funcionários judiciais, que mencionam práticas como a apresentação de documentos notoriamente irrelevantes para aparentar um maior trabalho profissional e o habitual abandono da defesa quando o cliente já não tem dinheiro.

As pessoas presas entrevistadas corroboram que muitas vezes sentiram que seus advogados estavam "mancomunados" com a polícia, procuradores e juízes, ainda que

261 Lepaco, 1.4, 31, 38; LCPCH, 2.b, 17, 23; Lei 5.177 1.2, 18, 34.
262 Lepaco, 16.1, 17; LCPCH, 5; Lei 5.177, 56.
263 Lepaco, 19.1; Lei 5177, 58. LCPCH, Anexo 1, 17.h.
264 LCPCH, 6.a.
265 LCPCH, Anexo A, 5-8.
266 Lei 5.177 19.9.

não dessem exemplos concretos disso. No entanto, o fato de que clientes tenham essa percepção evidencia problemas no gozo do direito a contar com um advogado de confiança.

4.1.2 Normas éticas e sanções disciplinares

As leis que regulamentam o exercício da advocacia contemplam somente três deveres para com os clientes: preservar o segredo profissional sobre os fatos conhecidos no contexto da representação, comparecer aos julgamentos enquanto responsáveis pela defesa e informar a seus clientes, com antecedência, se for abandonar o caso.[267] Também enumeram faltas éticas, às quais somente a lei de Chubut agrega a inaptidão patente ou omissões graves no cumprimento de seus deveres profissionais. [268] Seu Código de Ética estabelece o dever geral de buscar permanentemente seu aperfeiçoamento profissional e ordena que os advogados zelem pela preservação dos direitos e garantias constitucionais do cliente, especialmente em questões penais.[269]

Todos os entrevistados concordam que há uma proporção significativa de advogados que não cumprem essas regras. Os funcionários judiciais mencionam petições mal fundamentadas, quase inexistência de estratégia defensiva e recursos mal propostos ou inoportunos; coincidem com as pessoas presas entrevistadas, que afirmam que vários advogados particulares cobram seus honorários, apresentam alguns documentos e logo se desvencilham do caso. Uma advogada relata que parte de seu sucesso consiste em cumprir tarefas elementares como investigar o caso que, geralmente, está mal apresentado pelas procuradorias; portanto, indica que não há desculpa para o comportamento negligente de outros colegas.

Os defensores públicos e alguns advogados particulares garantem que há advogados que subornam policiais para que os coloquem em contato com os detidos e subornam procuradores e juízes para obter a liberdade ou arquivamento do caso. A omissão de restituir fundos e documentos constitui um delito e, pelo

267 Lepaco, 19.7 e 8; LCPCH, 6.g; Lei 5.177, 58.

268 Lepaco, 21; Lei 5.177, 25; LCPCH, 48 *c* e *d*. São faltas éticas aumentar maliciosamente a importância do caso para aparentar maior trabalho profissional, abandonar ou descuidar de forma inaceitável da defesa, demorar injustificadamente a entrega ou restituição de fundos ou documentos confiados pelos clientes, informar falsa e maliciosamente sobre o estado da causa em que atuar e violar os deveres de segredo profissional.

269 LCPCH, Anexo I, 9.c, 17.

menos em Córdoba, é frequente que advogados criminalistas sejam julgados e condenados por isso.

Quem se vir prejudicado por uma defesa notoriamente falha deverá iniciar um procedimento complexo que inclui denúncia, confirmação por escrito, notificação ao acusado, apresentação de provas, apelação e resolução com sua etapa recursiva, tudo isso com o formalismo próprio do processo judicial. É compreensível o cuidado com o direito de defesa do advogado questionado, mas a complexidade e o tempo que se devem investir nesse procedimento são fortes obstáculos para qualquer cidadão, especialmente se este já foi prejudicado por uma má defesa. Isso, associado à falta de um controle periódico de qualidade dos profissionais, padronizado e independente, incentiva a negligência e o baixo nível geral percebido na profissão jurídica, ao mesmo tempo em que explica a situação de vulnerabilidade das vítimas de má prática jurídica.

O Tribunal de Disciplina de Advogados de Córdoba não pôde informar quantas de suas sanções foram aplicadas a advogados criminalistas.[270] Somente indica que a maioria delas foram aplicadas na capital, o que sugere que ali a prática é de pior qualidade ou que denunciar um advogado é mais difícil no interior, ou uma combinação de ambas as coisas. A Associação de Advogados de La Plata também não distingue sanções aplicadas a criminalistas.[271]

Os juízes podem solicitar a esses órgãos que apliquem sanções ou multas aos advogados, mas não fazem isso regularmente. Percebe-se um comportamento muito corporativo da advocacia: as entrevistas confirmam que, enquanto, de forma privada, os juízes costumam criticar genericamente o nível do exercício profissional, não se registram (apenas excepcionalmente) pedidos de sanções ou aplicações de multas. Os próprios juízes costumam justificar sua intervenção no processo a favor do acusado (e estendendo seus poderes), por considerar que a defesa não trabalha adequadamente, embora, ao mesmo tempo, não peçam aplicação de sanções disciplinares em tais caos. Como contrapartida, os advogados também se queixam frequentemente, e de forma privada, sobre o comportamento dos juízes, mas poucas vezes os denunciam ou usam os recursos legais que possuem para acusá-los.

270 Durante 2012 foram 310 casos, dos quais resolveu 112; informa que entre fevereiro e março de 2013 proferiu 29 sentenças com 20 sanções: aplicou 5 advertências privadas, 11 advertências públicas, 2 multas e 2 suspensões. Relatório do Tribunal de Disciplina de Advogados do Estado de Córdoba, 3 de julho de 2013.

271 Com 9.064 advogados ativos durante 2012, aplicaram somente 2 suspensões, 2 advertências individuais e 2 advertências na presença do Conselho Diretivo. Relatório da Associação de Advogados de La Plata, 1º de fevereiro de 2013.

4.2 As associações de advogados e seu papel

Em cada circunscrição judicial dos três estados, existem associações profissionais de advogados de credenciamento obrigatório, cujo papel é orientar o exercício da profissão de advogado, cumprir funções sindicais e, assim, garantir o livre exercício da profissão.[272] Apesar de suas funções declaradas,[273] os advogados entrevistados as percebem como instituições distantes de sua experiência profissional cotidiana. Raramente as associações defendem consistentemente o direito a uma defesa de qualidade, o que só acontece, quase exclusivamente, quando os problemas sofridos pelos advogados adquirem impactos escandalosos. Pelo contrário, essas associações não reagem diante das práticas judiciais que atentam contra a defesa efetiva dos acusados, como o sistemático desrespeito aos prazos processuais por parte das procuradorias, as dificuldades para acessar informação relativa a seus casos ou a falta de justificativa da prisão preventiva.

Tampouco os advogados atribuem às associações um papel relevante no questionamento e desenho de políticas públicas de acesso à justiça, nem na promoção de conhecimento jurídico relevante ou atividades de aperfeiçoamento de alto nível. Os poucos advogados que mencionam ter participado de cursos oferecidos pelas associações admitem que foram de nível médio e somente úteis no início da carreira profissional.

4.3 Responsabilidade das associações profissionais na assistência jurídica gratuita

As associações profissionais devem contribuir para a assistência jurídica gratuita de pessoas sem recursos, embora, no caso específico de Trelew (Chubut), a defesa criminal esteja excluída de suas incumbências, e outras associações tenham informado que não atendem casos criminais, os quais são encaminhados diretamente às defensorias públicas.[274] Nenhum dos advogados particulares entrevistados foi indicado pelas

272 Lepaco, 1.2; LCPCH, 2.b; Lei 5.177 18.

273 Assumem a defesa e a assistência jurídica de pessoas sem recursos; denunciam as irregularidades e deficiências no funcionamento dos organismos públicos e as situações que requeiram a defesa do valor de justiça para a garantia dos direitos constitucionais; e fixam as bases para um sistema de assistência jurídica que permita o acesso à justiça. Lepaco, 32; LCPCH, 20; Lei 5.177 19.

274 Lepaco, 32.15; LCPCH, 20.d; Lei 5.177 19.2; Regulamento Interno do Escritório Jurídico Gratuito da Associação Pública de Advogados de Trelew, art. 7º. Segundo relatório verbal do diretor do Escritório Jurídico Gratuito da Associação de Advogados de Córdoba, relatório da Associação de

associações para assistir gratuitamente a uma pessoa sem recursos, o que somente ocorreria nos povoados do interior dos estados.[275]

Segundo os defensores públicos, só colaboram com advogados particulares quando defendem diferentes acusados no mesmo caso e costumam acordar estratégias defensivas conjuntas ou compatíveis. Eventualmente, também são consultados quando defendem sucessivamente o mesmo acusado. Em Chubut, os advogados particulares costumam ser contratados pela Defensoria Pública para atender a casos em povoados onde não exista um defensor público em tempo integral ou em casos de conflito de interesses (por exemplo, em casos de violência policial, se os acusados solicitam defesa gratuita e a Defensoria pública intervém como demandante).

4.4 Mecanismos de controle de qualidade do serviço jurídico

Não existem na Argentina mecanismos de controle da qualidade dos serviços jurídicos particulares. O trabalho dos advogados somente será avaliado por tribunais disciplinares em casos extremos de uma falta disciplinar ou ética, mas não existem ferramentas para monitorar e garantir padrões mínimos de trabalho nem corrigir problemas estruturais das práticas forenses.

O Tribunal de Disciplina de Advogados de Córdoba é independente da Associação de Advogados - seus membros não podem integrar a direção da Associação - [276], tem a competência exclusiva para tratar as questões disciplinares e procede de ofício ou por denúncia. Por outro lado, em Chubut e Buenos Aires, a mesma Associação assume a função de fiscalizar o correto exercício profissional e exercita o poder disciplinar independentemente da responsabilidade civil, penal ou administrativa dos matriculados.[277]

Nenhum dos advogados entrevistados manifestou ter sido supervisionado ou controlado no exercício de sua profissão. Admitem que receberam queixas de seus

Advogados de La Plata já citado, e relatórios de 5 e 13 de agosto, respectivamente, das Associações de Advogados de Comodoro Rivadavia e Trelew.

275 Em 2005, o Inecip, junto com outras organizações de Córdoba, criou um programa de Extensão Jurídica, mas a Associação de Advogados ameaçou com denúncia criminal que afastou vários atores comprometidos com o acesso à justiça e enfraqueceu o projeto. Em seguida, a direção da Associação admitiu que o programa não constituía um exercício ilegal da profissão, mas manteriam sua posição pública pela iminência das eleições colegiais.

276 Lepaco, 55. Apesar disso, existem fortes vínculos entre ambas as instituições.

277 LCPCH, 43; Lei 5.177 19.3.

clientes, mas consideram isso um evento natural da profissão, geralmente devido a mal-entendidos ou à ansiedade dos acusados e seus familiares por obterem a liberdade rapidamente. Unicamente um deles manifestou ter sido denunciado ao Tribunal de Disciplina, que rejeitou a queixa.

Quase todos os entrevistados manifestaram realizar cursos, que em Chubut **são obrigatórios. No entanto, poucos desses cursos são de conhecimentos** profissionais aplicável a um caso concreto, e costumam ser interrompidos por falta de tempo ou de recursos para completá-los.

4.5 A independência profissional dos advogados defensores

As regras das associações enunciam a defesa do livre exercício da profissão como uma das funções das associações.[278] A lei de Chubut adiciona ainda que a proteção da liberdade e dignidade da profissão de advogado faz parte de suas finalidades.[279] As leis de Chubut e Buenos Aires adicionam que o escritório do advogado é inviolável, em respeito à garantia constitucional da defesa judicial e não poderá ser invadido nem sofrer interferências; enquanto em Córdoba a invasão a um escritório de advocacia deverá ser informada à Associação antecipadamente.[280] O código de ética de Chubut agrega a obrigação de respeitar rigorosamente todo segredo profissional e opor-se aos juízes ou outra autoridade que pretenda sua violação.[281]

Os advogados particulares indicam que alguns colegas renunciam a essa independência para não terem "enfrentamentos" com juízes e procuradores, tolerando práticas que prejudicam sua defesa. Argumentam que o caso concreto se encerra, enquanto permanecerão litigando no mesmo foro e ante os mesmos funcionários. Nesses casos, surge uma clara incompatibilidade de interesses: um cliente pode precisar de uma estratégia defensiva agressiva, mas seu advogado deverá recordar que, se tiver embates com os procuradores ou juízes, suas chances de sucesso em casos futuros certamente diminuirão, de tal modo que submetem os interesses concretos de clientes a cálculos de benefício próprio para o advogado ou para futuros clientes.

278 Lepaco, 32.4; LCPCH, 21.J; Lei 5.177 19.4, 42.5.

279 LCPCH, 1; Anexo 1, 4.

280 Lepaco, 33; LCPCH 7.e; Lei 5.177, 69.

281 *Ibid.*, Anexo 1, 9.h.

5. Direitos dos povos indígenas

5.1 Reconhecimento normativo dos povos indígenas

Existem grandes populações indígenas nos três estados, mas na Argentina não há normas nacionais específicas que contemplem suas necessidades particulares de defesa criminal, apesar do expresso mandato constitucional conferido ao Congresso da Nação.[282] Somente Chubut assume a diversidade cultural e regulamenta os direitos dos povos indígenas em sua Constituição Estadual e no CPPCH.[283]

A Defensoria Pública de Chubut assinou um convênio de cooperação técnica com a Equipe Nacional da Pastoral do Indígena para difundir e defender os direitos dos povos indígenas,[284] comprometendo-se a promover a formação constante dos agentes que integram o organismo. Além disso, o Defensor Geral resolveu "adotar nos gabinetes da Defensoria medidas especiais para garantir um atendimento adequado aos cidadãos indígenas e suas comunidades, respeitando e fazendo respeitar suas normas culturais, língua, religião e organização social" (*tradução nossa*).[285] A defensoria incluiu entre suas ações estratégicas a sensibilização de seus servidores em questões de direito indígena e determinou que uma advogada ajunta especialista atuasse em casos de violação desses direitos.[286]

282 Desde a reforma constitucional de 1994, o Congresso da Nação tem a atribuição de "[r]econhecer a preexistência étnica e cultural dos povos indígenas argentinos, garantir o respeito de sua identidade e o direito a uma educação bilíngue e intercultural […] [g]arantir sua participação na gestão […] dos demais interesses que os afetem" (*tradução nossa*) (CN 75.17). Segundo o Atlas dos Povos Indígenas do Ministério de Educação, haveria na Argentina 600.329 pessoas pertencentes ou descendentes de indígenas de primeira geração.

283 Ambas se referem à Convenção da OIT, 169 9.2: CCH, 34; CPPCH, 33.

284 Ver Convênio assinado em dezembro de 2003, que prevê: 1) assistência técnica recíproca; 2) elaboração e execução de campanhas de promoção de mecanismos nacionais e estaduais de proteção dos direitos das comunidades, organizações, povos indígenas e seus membros; 3) articulação de recursos materiais, humanos e de qualquer tipo; 4) promoção de legislação e práticas administrativas, legislativas e jurisdicionais, nacionais e estaduais, em harmonia com instrumentos internacionais de direitos humanos; 5) apresentação conjunta de pareceres, projetos normativos, denúncias, ações administrativas e judiciais, e, em particular, a defesa dos direitos dos povos indígenas. Disponível em: www.defensachubut.gov.ar.

285 Ver Anexo à Resolução do Defensor Geral 25/2006 de 23 de março de 2006: *Atenção especial a grupos vulneráveis*, art. 2. Disponível em: www.defensachubut.gov.ar.

286 Ver Resolução do Defensor-geral 88/2011 de 7 de abril de 2011. Disponível em: www.defensachubut.gov.ar/?q=node/2804. Sobre os programas de Sensibilização e Aperfeiçoamento de Operadores-Chave de Direito Indígena em Chubut, ver www.defensachubut.gov.ar/?q=node/2845.

5.2 Instituições específicas para a defesa de membros de povos indígenas

Não existem instituições específicas em Córdoba nem em Buenos Aires. Somente Chubut treinou a Defensoria Pública para cumprir esse papel, nomeando advogados com especialização em direito indígena com sede na cidade de Esquel, mas com competência para todo o estado.[287]

Não há registros de jurisprudência nessa matéria. Os tribunais do país ocasionalmente têm obrigado os governos a estabelecerem órgãos ou políticas públicas específicas para a promoção de direitos dos povos indígenas, mas não em matéria de defesa criminal.[288]

Há, em Esquel, diariamente, o atendimento de pessoas pertencentes a povos indígenas. Estimam-se que existam cerca de 200 consultas, de mais de 30 comunidades, além de constantemente ingressarem novos casos.[289]

5.3 Advogados especializados na defesa de membros de povos indígenas

A Defensoria Pública de Chubut informou que no estado há vários advogados particulares especializados na defesa de povos indígenas e que pelo menos dois deles trabalham em Esquel.[290] Em Buenos Aires, a Comissão Estadual pela Memória mantém um programa de povos originários e migrantes que busca o respeito à interculturalidade em diversos órgãos do Estado.[291] Essa organização detectou a

287 Ver Resolução 99/2011 de 14 de abril de 2011. Disponível em: www.defensachubut.gov.ar/?q=-node/2803. Para evitar que o excesso de trabalho limite sua eficácia, a advogada somente assume casos que envolvam indígenas, e dispôs-se que seu deslocamento para intervir nos lugares que o requeiram será da forma mais desburocratizada possível. Os advogados e funcionários entrevistados não receberam nenhum treinamento específico para abordar questões indígenas, incluindo os juízes, procuradores e defensores públicos de Chubut (ainda que nenhum deles trabalhe em Esquel). Alguns funcionários afirmaram que a única formação recebida surgiu da prática que os coloca em contato com membros de minorias.

288 Em um caso de invasão de um imóvel em Chubut, a CSJN teve a oportunidade de tratar das necessidades específicas dos grupos indígenas na defesa criminal e seus direitos sobre as terras que historicamente ocuparam, mas lamentavelmente se omitiu de fazê-lo; somente anulou uma decisão arbitrária que mantinha os acusados submetidos a um processo penal. O caso, de todo modo, reflete a vulnerabilidade dos grupos indígenas porque a persecução penal dos acusados foi insistentemente promovida por queixa particular, mediante recursos constantes, apesar de o Ministério Público ter absolvido os acusados em quatro oportunidades. CSJN, *F. Mauricio s/ Causa 2061*, Ditame do Procurador Fiscal, de 31 de outubro de 2007, ao qual aderiu a Corte. Disponível em: www.defensachubut.gov.ar/?q=node/3039.

289 Relatório da Defensoria Pública de Chubut, de 7 de outubro de 2013.

290 *Ibid*.

291 Disponível em: www.comisionporlamemoria.org/comision.php?a=7. Para mais informações sobre

presença de membros de povos indígenas detidos que não puderam ser atendidos em seu idioma nativo.[292]

Além deles, existe no âmbito nacional uma Associação de Advogados e Advogadas de Direito Indígena (AADI), que procura promover o reconhecimento da Argentina como uma república plurinacional, impulsionar o pleno reconhecimento da autonomia científica do direito indígena e proteger os defensores dos direitos indígenas.[293] Isso é importante já que a intimidação que as comunidades sofrem se estende aos advogados que as defendem.[294]

Contudo, destaca-se a resistência dos juízes em aceitar peritos ou intérpretes em línguas indígenas, bem como a insuficiente quantidade de advogados em condições de defender efetivamente os direitos das comunidades.[295]

5.4 Audiências em idiomas indígenas

Em nenhuma das jurisdições existem normas que permitam audiências em línguas ancestrais, nem sequer em Chubut, apesar de seu desenvolvimento na matéria e de ser o estado com maiores possibilidades de implantá-las. A Defensoria Pública informa que ocasionalmente alguns membros dos grupos utilizam sua língua ancestral nas audiências.

5.5 Reconhecimento de penas impostas por tribunais indígenas

Tampouco existe norma que contemple o reconhecimento de penas impostas por tribunais indígenas. Não existem tribunais penais ordinários compostos por membros de povos indígenas e as instâncias de processamento de conflitos interétnicos entre os povos que as possuem não contam com reconhecimento legal por parte do Estado.

Os juízes argentinos têm grandes dificuldades para reconhecer sanções impostas por comunidades indígenas e para sopesar direitos fundamentais relativos

o caso, ver: www.congresoestudiosposcoloniales.wordpress.com/2013/10/14/mujer-pobre-boliviana-indigena-garantias-para-una-condena-segura/.

292 Tribunal Oral 1 da cidade de Quilmes, Estado de Buenos Aires, *Maraz Bejarano Reina, Tarija Juan Carlos e Vilca Ortiz Tito s/ Delitos: Homicídio qualificado "criminis causa", Homicídio qualificado pelo concurso premeditado de duas ou mais pessoas*. Não foi possível encontrar as decisões pertinentes.

293 Ver AADI. Disponível em: www.derechosindigenas.org.ar/.

294 Ver AADI, 2011, p. 29.

295 *Ibid.,* pp. 34-35. Do relato jornalístico sobre o *Caso Maraz Bejarano* nota-se que a acusada somente teve acesso a uma intérprete do idioma *quéchua* depois de estar detida durante mais de três anos, quando obteve a possibilidade de um novo depoimento assistida pela intérprete.

à diversidade cultural. Em algumas ocasiões, tiveram a intenção de prestar atenção às culturas ancestrais, sem se preocupar em estudá-las ou consultá-las, o que implica uma denegação de justiça.[296]

A AADI adverte que "o código penal não prevê o respeito aos costumes indígenas na matéria" e que "os códigos de procedimentos carecem de normas especiais de proteção da cultura indígena, desconhecem seus direitos coletivos e desvalorizam suas instituições e tradições, as quais sempre se encontram em desvantagem nos conflitos com o Estado ou particulares pertencentes à cultura hegemônica" (*tradução nossa*).[297] O Estado desconhece tanto os processos comunitários que impõem sanções quanto a sanção em si mesma, razão pela qual os membros das comunidades estão expostos a serem punidos duas vezes pelo mesmo fato: primeiro por suas comunidades e, logo, pelo Estado.

6. O compromisso político com a defesa criminal efetiva

6.1 A questão penal no discurso público

A questão criminal ocupa o centro das preocupações públicas e do discurso político, acompanhada de uma correlação desproporcional entre os delitos graves (que parecem declinar) e as taxas de encarceramento que não param de crescer.[298] Uma pesquisa mostra que a maior preocupação dos argentinos era a criminalidade, com 35% de incidência nas respostas.[299] Um recente estudo sobre os problemas do governo de

296 Assim, já chegaram a absolver um acusado por considerar que manter relações sexuais com uma menina de nove anos é prática aceita pela comunidade em que vivem, apesar de que as próprias mulheres da comunidade questionaram fortemente esse costume. Ver Corte de Justiça de Salta, *Ruiz, J.F.,* sentença de 29 de setembro de 2006, analisado por Guinas, 2010, p. 271.

Em outro caso extremo, dois juízes sustentaram, em dissidência, a absolvição de três acusados de estuprarem uma menina indígena. Alegaram que "o chamado 'chinelo' é uma norma cultural do oeste do nosso estado. Trata-se de jovens crioulos que saem em busca de 'xiitas' (indígenas meninas ou adolescentes) as quais perseguem e tomam sexualmente pela força. Trata-se de um tema cultural tão internalizado que é visto como uma brincadeira juvenil e não como uma atividade, já não delitiva, mas sim humilhante para as vítimas" (*tradução nossa*). Dissidência dos juízes Trevas e Huang, Tribunal Superior de Justiça de Formosa, sentença *González, Rubén Héctor – Bonilha, Hugo Oscar – Santander, Sergio André (prófugo) s/ abuso sexual*, sentença de 29 de abril de 2008.

297 AADI, 6-7 e 34-35.

298 Entre 2002 e 2009 (última publicação), a evolução da taxa de homicídios registrados pelo Ministério de Justiça e Direitos Humanos mostrava uma curva decrescente. Ver www.jus.gob.ar/areas-tematicas/estadisticas-en-materia-de-criminalidad.aspx. Ao mesmo tempo e para o mesmo período, as estatísticas do Serviço Penitenciário mostram uma curva ascendente, ver SNEEP, 2012, p. 3.

299 Latinbarómetro 2013. Fleitas (2010, p. 14) cita uma pesquisa de Mora e Araújo de 2009 a qual afirma que para 77%, este é o problema mais urgente. Uma pesquisa de Management & Fit, publi-

Córdoba atribui à insegurança 32% de incidência, à qual devem ser somados o narcotráfico (3,9%), a violência entre jovens (1,3%), o tráfico de pessoas (1,3%) e a violência intrafamiliar (1,0%).[300] A questão ocupa um espaço central nas propostas de candidatos, que costumam circular entre os mesmos tópicos: mais equipamentos para a polícia, aumento do número de agentes, endurecimento das penas e maior uso da prisão preventiva.

Em Buenos Aires, a insegurança constitui um tema inevitável nas campanhas eleitorais; os setores políticos com discursos mais duros as basearam quase totalmente em propostas radicais.[301] Em 2009, o governador Daniel Scioli apresentou um projeto de reforma ao Código Contravencional, que seu ministro de Segurança justificou a partir da necessidade de que "a polícia recupere a rua" (*tradução nossa*).[302] Em 2013, um proeminente deputado apresentou, junto com Rudolph Giuliani, suas propostas de "tolerância zero ao delito e às drogas", ao mesmo tempo em que pretendia reformar o processo penal "para acabar com a porta giratória, para que os delinquentes não entrem por uma porta e saiam por outra" (*tradução nossa*).[303]

A imprensa costuma divulgar detalhes macabros dos crimes que cobre e tratar os arquivamentos e absolvições como exemplos de impunidade, geralmente sem explicar as razões legais para a liberação dos acusados.[304]

6.2 Os processos de reforma. Situação atual

A Argentina se encontra ainda em um momento de transição entre o modelo inquisitivo tradicional e um modelo acusatório e adversarial, no qual se respeitam os padrões internacionais. Enquanto esse processo de reformas se desenvolve,

cada no jornal *Tribuna de Periodistas* (8 de agosto de 2012), confirma que "a insegurança ocupa o primeiro lugar das preocupações argentinas, com 83,3%" (*tradução nossa*). Não foi possível acessar diretamente as pesquisas mencionadas pelas fontes.

300 Córdoba, 2013, p. 4. Segundo a mesma pesquisa, mais de 71% desaprovavam a gestão da polícia estadual (ver p. 19) no início de um escândalo que levou à renúncia do ministro de Segurança, o chefe da Polícia, a prisão do chefe da Divisão de Drogas Perigosas e outros quatro diretores, à morte de dois policiais envolvidos e à transferência de 70 agentes dessa divisão.

301 Um candidato a governador sustentou a necessidade de "meter bala nos delinquentes".

302 Jornal *La Nación,* 8 de novembro de 2009. Em 2010, o Senado estadual expressou em audiência pública uma contundente reprovação a esse projeto.

303 Declarações de Sergio Massa, ganhador das eleições de 2013, no jornal *La Nación,* 21 de outubro de 2013. O mesmo deputado conseguiu paralisar o trâmite de um anteprojeto de reforma do Código Penal com o argumento de que favorecia os delinquentes, embora nenhum dado sério respalde essa afirmação.

304 INECIP-OSF, 2012, p. 91, *Pesquisa de Meios de Comunicação.*

há uma tensão permanente entre pressões sociais a favor de maiores garantias e outras a favor de reduzir os direitos em prol da eficácia. Em linhas gerais, desde a recuperação da democracia, os sistemas de justiça têm avançado em direção a uma defesa criminal efetiva.

O movimento de reformas está em um movimento dinâmico, com uma intensa participação de setores da sociedade civil comprometidos com o fortalecimento do Estado de Direito. No momento da preparação deste relatório, vários estados se encontravam em processos de reformas, com diversos graus de intensidade.[305]

O estado de Córdoba está preso a um modelo judicial correspondente às primeiras gerações de reforma, com graves dificuldades para garantir direitos relativos a uma defesa criminal efetiva. Está em andamento um projeto piloto para implementar avanços na direção do modelo acusatório em San Francisco (uma cidade pequena do estado) mediante a oralização das audiências, o uso de alternativas penais e a reorganização das procuradorias de um modo semelhante ao de Chubut.[306] Segundo o vice-procurador-geral, isso permite que "dentro de um período de cinco dias a pessoa detida [seja] levada à presença de um juiz, um procurador e seu advogado defensor para que se avalia se sua detenção é correta. O sistema é muito mais garantista do que o anterior, quando uma pessoa podia ficar presa 15 dias sem ter resposta alguma" (*tradução nossa*).[307] Contudo, esse funcionário afirma que "não poderíamos aplicar o mesmo sistema nesta cidade [capital]" devido à maior complexidade de sua realidade criminal.

Chubut tem o processo mais bem-sucedido de reforma para adequar o sistema de justiça aos padrões internacionais de devido processo. No entanto, o novo código foi rapidamente alterado para admitir a prisão preventiva se o juiz supuser que o acusado cometerá novos delitos[308]. Também introduziu a palavra "ordenatório" (e, portanto,

305 Trata-se de Buenos Aires, Entre Ríos, Chaco, Santa Fe, Corrientes, Salta, Jujuy, Tucumán, La Rioja, Santiago del Estero, Córdoba, La Pampa, Neuquén, Río Negro, Chubut e a Jurisdição Federal. Um aspecto central dos processos de reforma nos últimos anos se refere à implantação do sistema de *julgamentos criminais com jurados,* adotado do modelo de *júri clássico* vigente na maioria dos países de *common law*. Em 2013, a PBA aprovou uma Lei de Julgamento por Jurados, que se encontra em processo de implantação. Em Neuquén entrou em vigor um novo Código Processual Penal no mês de janeiro de 2014, que inclui um modelo de julgamento com jurados. Atualmente, jurisdições como Río Negro, Chubut e Ciudad Autónoma de Buenos Aires se encontram em processo de discussão sobre a implantação do júri.

306 Soria, 2012.

307 Jornal *Comercio y Justicia,* 4 de abril de 2011, *El plan piloto en San Francisco superó las expectativas,* entrevista com José Gómez Demmel.

308 Essa reforma normativa, contrária à própria CCH, 49, não foi aplicada pelos juízes.

tornado nulo) ao prazo para decidir sobre a abertura do inquérito e ampliou para 48 horas o prazo para a audiência de custódia, ainda que a Constituição ordene que se realize "imediatamente".[309]

O sistema processual de Buenos Aires, implementado em 1998, também pertence à primeira geração. A complexidade e a extensão do estado e o tamanho da sua população têm sido um problema desde o início, junto com uma implementação claramente desordenada. Desde sua entrada em vigor, esse código tem sofrido reformas orientadas a reduzir as garantias dos acusados. Como contrapartida, recentemente foi aprovada uma lei que incorpora o julgamento pelo júri para casos criminais. Sua implementação começou em 2014 e há grandes expectativas de que contribua para a melhoria da qualidade do sistema de justiça e sua transparência, o que fortalecerá os direitos dos acusados. Por outro lado, foi reformada a lei que organiza o serviço público de defesa, tal como comentamos.

6.3 Outras penalidades: os códigos de contravenções

Os sistemas de contravenções requerem um tratamento específico, especialmente em Córdoba, cujo Código de Contravenções (doravante, CFCOR) é fortemente questionado. O CFCOR é aplicado diretamente pela polícia, que identifica as contravenções e impõe as sanções.[310] Somente intervém um juiz de contravenções se o acusado recorrer da sanção imposta ou se esta ultrapassar 20 dias de prisão.[311] A polícia pode deter preventivamente por 24 horas e para identificação uma pessoa que não tiver domicílio na cidade e em caso de perambular sem destino.[312] Não requer a presença de um advogado, embora a polícia tenha que informar ao acusado que pode contratar um ou pedir a intervenção do defensor público; se o acusado confessar, sua sanção poderá ser reduzida pela metade.[313] As figuras mais aplicadas são a de perambular e a recusa de identificar-se ou oferecer à polícia as informações solicitada.[314]

309 CPPCH, 220.3, 269, 219 respectivamente, modificados pela Lei 5.817 de 27 de novembro de 2008. CCH 47. Ver Heredia, 2010, p. 5.

310 CFCOR, 114, 115, 117, 123.

311 CFCOR, 119, 120.

312 CFCOR, 123.

313 CFCOR, 15 e 19.

314 CFCOR, 98, e 79. São sancionadas com 5 e 3 dias de detenção; ou com 5 e 10 unidades de multa, respectivamente. A unidade de multa equivale a $ 25 (aproximadamente USD 4,8). O ato de perambular consiste em permanecer sem motivo razoável, de forma suspeita e gerando intranquilidade nos proprietários.

O Código de Faltas de Chubut (CFCH) estabelece penas entre 1 e 120 dias, mas exclui a pena de detenção enquanto não existirem estabelecimentos separados para os processados e condenados.[315] Não existem contravenções como o ato de perambular, mas a prostituição escandalosa é sancionado com uma pena desproporcional (20 a 60 dias),[316] o que favorece o assédio policial.

A privação de liberdade somente se realiza para fazer cessar a infração e pelo tempo que essa demandar.[317] Diferentemente de Córdoba, sua aplicação é de competência dos juízes de paz, que são escolhidos pelo Conselho da Magistratura e costumam ser advogados. A acusação é realizada em uma audiência oral e pública, e o acusado deve ser assistido por um defensor de confiança ou público.[318] Da mesma maneira que no sistema processual penal, Chubut coloca a oralidade e a publicidade como os pilares de um sistema de defesa efetiva. Talvez por isso foi apontado como referência para um projeto legislativo de reforma do Código de Contravenções de Córdoba.[319]

Em Buenos Aires, a Lei 13.482 (CFBA) prevê a detenção para averiguação de identidade (DAI) sem ordem judicial.[320] O CFBA foi reformado a fim de atribuir competência aos juízes de paz no julgamento das contravenções.

70% dos detidos em Córdoba são homens jovens entre 18 e 25 anos, que pertencem a bairros urbanos periféricos.[321] A maioria das prisões ocorre nas avenidas mais movimentadas e em condições de óbvia visibilidade por parte dos transeuntes.

Um entrevistado afirmou que foi detido várias vezes sem motivo; afirma que, se apelar da sanção, sofrerá coação e maus-tratos e será detido novamente assim que recuperar a liberdade. Esse relato é habitual. A prática foi denunciada como sendo arbitrária e tendo como objetivo cumprir uma determinada meta de detenções: um policial denunciou que seu superior o obrigava a realizar cinco prisões diárias para não receber mais trabalho e plantões intermináveis.[322] O superior foi processado.

315 CFCH, Lei 4145 36, 35, 37.

316 CFCH, 81.

317 Disponível em: http://www.defensachubut.gov.ar/prensa/?q=node/3192.

318 CFCH, 181, 186, 187.

319 Ver *La Mañana de Córdoba,* 13 de outubro de 2011.

320 Lei 13.482, 15.c.

321 Ver *La Voz del Interior,* 17 de novembro de 2012.

322 Ver *La Mañana de Córdoba,* 18 de agosto de 2005. A situação se manteve no tempo e deu lugar a ações penais contra os delegados que ordenam as detenções massivas. Ver *La Voz del Interior,* 17 de fevereiro de 2012.

Em 2011 foram detidas 73.100 pessoas (cerca de 42.700 somente na cidade capital), isto é, cerca de 200 detenções diárias,[323] quantidade que tem aumentado. Um procurador-geral chegou a sustentar que, apesar de ser inconstitucional, era uma ferramenta adequada à política criminal do Governo.[324]

Por outro lado, o CFCH não foi utilizado para aplicar penas de detenção a ninguém, em seus 14 anos de vigência, porque não existem lugares específicos para cumprir essa pena, de forma separada dos detidos por crimes comuns.

Em Buenos Aires, "apesar de ter passado o julgamento das contravenções para os juízes de paz, em sua prática cotidiana, a polícia continua contando com amplos poderes para deter" (*tradução nossa*).[325] Contudo, a judicialização do sistema contravencional de Buenos Aires reproduz os problemas do sistema penal: os juízes de paz recorrem ao mero trâmite escrito, sem audiências públicas nem contato direto com a informação do caso, que chega intermediada pela polícia, por meio do inquérito que lhe serve de suporte.

7. Conclusões

Cada um dos estados estudados (Córdoba, Chubut e Buenos Aires) mostra as características próprias de seu tempo; sua complexidade decorre, em grande medida, de seus processos políticos, que dificilmente podem ser alinhados em um sentido unívoco em direção à reforma, não somente pela autonomia de cada estado, mas também por seus próprios conflitos e disputas internas. Por outro lado, essa mesma diversidade permite reproduzir as experiências mais bem-sucedidas e contar com um vasto repertório de práticas instaladas que podem beneficiar os demais estados: a partir de 1940, Córdoba inspirou a maioria das reformas e agora Chubut ocupa esse lugar, junto com outros estados como La Pampa, Neuquén e Santa Fé.

323 Ver *La Voz del Interior,* 3 de novembro de 2012, e dados oficiais no mesmo jornal.

324 Declarações de Gustavo Vidal Lazcano em *La Mañana de Córdoba,* 19 de agosto de 2005, p. 2. Fonte: Horacio J. Etchichury, "Preso sin abogado, sentencia sin juez. El Código de Faltas de la Provincia de Córdoba".

325 Relatório COM, 2009, p. 458. Esse relatório sustenta que "os titulares das delegacias policiais caracterizaram a DAI como uma efetiva ferramenta de prevenção de delitos. Assim, afirmam que a polícia aborda e detém […] pessoas em atitude suspeita, o que evita muitas vezes o cometimento de delitos [...] A chefe da Seção de Estatísticas do COP (Centro de Operações Policiais), Claudia Cherecheti, afirmou que: 'não há estatística nem informação registrada sobre a DAI, porque ao se tratar de uma atuação simples e de uma simples 'condução', que não é nem sequer uma prisão, não se registra, tampouco os departamentos fazem qualquer registro já que não é obrigatório que as delegacias comuniquem as DAI à estrutura do Ministério de Segurança" (*tradução nossa*).

Em todo caso, no estudo puderam ser identificadas várias áreas nas quais ainda persistem desafios importantes.

Em primeiro lugar, constatam-se problemas diretamente no quadro normativo. Existem regulamentações processuais que geram disfunções e afetam a defesa efetiva: a incorporação por leitura em julgamento de registros do inquérito; a fé pública atribuída aos documentos produzidos por funcionários públicos, o que afeta a garantia do contraditório no exercício da defesa; as normas que regulamentam deficientemente ou restringem o contraexame na lógica adversarial, normalmente proibindo o uso de perguntas sugestivas. As normas orgânicas e processuais perpetuam o processo formalizado como instrumento de trabalho e permitem aos tribunais de julgamento recebê-los e controlá-los antes do início do julgamento, o que atenta contra a imparcialidade do juiz.

Outro problema sério é a previsão de delitos que excluem qualquer alternativa à prisão preventiva ou presunções legais, absolutas ou relativas, baseadas na pena prevista ou no tipo de delito. Também é problemático que a jurisprudência dê validade a essas práticas, que os procuradores possam aplicar a prisão preventiva sem controle imediato e efetivo do juiz e que não ocorram audiências públicas regidas pelo contraditório para resolver sua imposição ou duração. A interpretação dos prazos como ordenatórios favorece a excessiva duração dos processos, que por sua vez fomenta o uso abusivo do julgamento abreviado e da prisão preventiva, o que gera presos sem condenação e condenados sem julgamento. A subutilização de medidas cautelares alternativas impacta notavelmente no abuso do encarceramento. Novamente, esses problemas são muito mais graves em Córdoba e Buenos Aires, o que marca um contraste profundo com Chubut. Não deve surpreender que a prisão preventiva deixe de ser uma exceção e converta-se na regra em uma quantidade desproporcional de casos, porque os juízes autorizam uma interpretação extensiva de seu cabimento.

Há práticas que sobrevivem às mudanças normativas, repetindo-se sob outro nome. O estudo empírico mostrou com contundência que, apesar da regra de que os juízes devem se limitar a dirigir o debate, em Córdoba e Buenos Aires eles intervêm, excedendo os seus já extensos poderes.[326] O fato de os juízes estudarem o "processo" antes do julgamento oral e isso ser considerado um indicador de responsabilidade mostra que não compreenderam seu papel de mediador imparcial nem o impacto causado em uma defesa efetiva.

326 Soria, 2012, p. 43.

O sistema de justiça não está sendo capaz de construir sistemas de informação adequados que facilitem o monitoramento do respeito ao direito de defesa. Os indicadores utilizados são precários e os sistemas de informação carecem de dados em quantidade e qualidade. Além disso, também não existem políticas fortes para o financiamento de monitoramentos ou estudos por parte de universidades ou outros organismos técnicos da sociedade civil.

Em segundo lugar, existem problemas relacionados com a aplicação das normas vigentes. Com efeito, um dos principais problemas identificados é a dificuldade dos acusados de acessarem a assistência jurídica durante os primeiros momentos da detenção. Disso decorrem múltiplas restrições a seus direitos, por exemplo: direito a ser informado das causas de sua detenção, de suas possibilidades de defesa e direitos (a permanecer em silêncio e ser auxiliado por um tradutor caso desconheça o idioma, por exemplo), e de conhecer as provas da acusação, desde o primeiro momento. Quando uma pessoa é levada à presença de um juiz ou procurador, sua defesa funciona mais ou menos adequadamente, mas até então não existem mecanismos concretos que garantam esse acesso. Córdoba constitui o caso mais grave, porque essa situação pode prolongar-se por até 10 dias, ou mais, se a pessoa carecer de meios para contratar um advogado particular.

A deficiente regulamentação da defesa explica somente uma parte dessas práticas, mas fundamentalmente mostra que estas não podem ser substituídas por uma simples reforma normativa. No enfrentamento entre os padrões latino-americanos e a idiossincrasia inquisitiva, esta tende a prevalecer em quase todos os casos.

Em terceiro lugar, existem problemas relacionados com a formação dos advogados e defensores, e a supervisão do exercício da profissão. Para começar, nem as associações de advogados nem as defensorias contam com mecanismos de supervisão da conduta profissional, mesmo quando o trabalho é visto como carente de qualidade.

As associações são as grandes ausentes nesse processo e não puderam evitar a crise do mercado de serviços jurídicos.[327] Os entrevistados mencionam que não recebem assistência adequada quando a defesa é mais complexa e que os advogados, por sua vez, não são registrados diretamente pelas associações. A alta qualidade do serviço prestado pela Defensoria Pública circunscreve esse problema aos que ultrapassam certa renda, mas não podem pagar um advogado capacitado e, portanto,

327 Trata-se de uma crise caracterizada pela existência de "cada dia mais advogados, com menos trabalho, com maiores dificuldades para que os advogados jovens possam montar seus escritórios, uma crescente necessidade de assessoria técnica e, finalmente, cada dia mais gente sem defesa" (*tradução nossa*), conf. Binder 2005, p. 63.

devem conformar-se com aqueles de menor qualidade. A cultura do processo escrito também explica por que os advogados estão mais formados "para o processo escrito e a complicação do que para o litígio e a simplificação" (*tradução nossa*),[328] o que conecta o ensino do direito com a prática dos advogados e, consequentemente, com sua forma de organização classista.

A educação universitária ensina o processo como uma série gradual e concatenada de trâmites burocráticos e não como uma ferramenta de resolução de conflitos. As universidades não têm acompanhado os processos de reforma de modo claro.[329] Das respostas dos entrevistados, deduz-se que sua incompreensão do sistema acusatório provém, em grande medida, de uma educação formal orientada a processos inquisitoriais e escritos.[330]

Quase todos os funcionários assumiram carecer de formação específica para atender grupos com necessidades judiciais especiais. É revelador que eles considerem que a formação seja adquirida na prática, que (como disse um deles) "é a melhor escola". Isso explica a sobrevivência de práticas inquisitoriais e problemas de acesso à justiça dos setores vulneráveis, apesar do importante investimento no judiciário. É revelador também que somente em Chubut os cursos de formação sejam obrigatórios, o que explica seus indiscutíveis avanços.

Os entrevistados relatam que a rotina da vida profissional dificulta conseguir tempo e recursos para completar um curso, salvo para os que, além de docentes universitários, têm maior treinamento acadêmico e integraram o estudo à vida profissional. Estes costumam ser mais receptivos aos fundamentos das práticas e mais simpatizantes a orientar sua prática segundo os princípios do sistema acusatório.

Confirmou-se que os advogados não investigam e que os serviços de defesa não contam com investigadores, bem como não se formam investigadores

328 *Ibid.,* p. 65.

329 Sustenta-se que "essa forma de ensinar direito tende a privilegiar a memorização de textos legislativos" (*tradução nossa*), antes que desenvolver destrezas analíticas. Böhmer, 2005, p. 35.

330 Os cursos de litigância oral e adversarial causaram um impacto claro nos estudantes que participaram deles, mas, quando são opcionais, seu impacto é reduzido. Ainda hoje, em Córdoba e Buenos Aires, continuam tendo um alcance limitado. As associações de advogados e as defensorias também não assumiram essa situação como um problema que deve ser solucionado. Contudo, existem exceções a essa realidade tendo em vista que há universidades que incorporaram o ensino do litígio oral como parte do currículo regular: dentro das jurisdições estudadas, a Universidade Nacional de la Patagonia, sede Trelew. No restante do país, ocorre a mesma coisa nas universidades nacionais de La Pampa, do Comahue, de La Rioja, na Universidade del Mar e na Universidad del Centro Educativo Latinoamericano. Por outro lado, há muitas universidades onde já começaram a ser instalados como cursos opcionais.

privados. A ausência de investigação tem relação profunda com a falta de práticas de contrainterrogatório. Em quarto lugar, constatam-se problemas relacionados com a disponibilidade e utilização de recursos econômicos. Nesse âmbito, ainda que os recursos das defensorias possam ser escassos, também não se veem esforços para utilizá-los racionalmente. A defensoria carece de uma organização razoável; o sistema de designação de casos opera pela sorte e não por um critério que permita uma distribuição correta do trabalho; contratam-se advogados que cumprem os mesmos requisitos objetivos para ser defensor e, ao invés de destiná-los ao litígio, assumem os trâmites burocráticos ou suprem o trabalho dos defensores titulares. Em todos os segmentos, nota-se uma importante incorporação de recursos humanos, mas a incorporação de investigadores não faz parte da agenda.

Não se pode pensar em uma reforma real sem partir de um conceito de sistema de julgamento penal que inclua o aperfeiçoamento profissional de todos os operadores para internalizar a visão do sistema como instrumento de pacificação que contribua para a governabilidade democrática. Tampouco sem mudanças pedagógicas nas escolas de direito orientadas à prática da defesa e não ao trâmite burocrático, sem a regulamentação do exercício da advocacia para que os defensores atendam primordialmente ao interesse de seu cliente, sem a organização dos gabinetes judiciais para suprimir a delegação de funções por parte dos juízes e sem refletir sobre a função das polícias em seu papel de investigação e prevenção do delito.

Somente Chubut tem avançado consistentemente em vários desses pontos, em oposição a Córdoba, abandonada à inércia e ao retrocesso, e a Buenos Aires, que mal pode conter as demandas do populismo penal. Sem desconhecer a particularidade de cada jurisdição, este estudo mostra que a defesa efetiva na Argentina somente é possível quando os atores institucionais tomam decisões concretas para colocar em vigor, no plano da realidade, as previsões constitucionais e legais. Os impulsos autoritários que persistem devem ser atendidos com uma política criminal eficiente que enfrente e substitua o paradigma de lei e ordem pelo de segurança democrática.

8. Recomendações

1. Introduzir e fortalecer mecanismos concretos para garantir o acesso efetivo à representação legal de qualidade para as pessoas detidas dentro das 24 horas seguintes à sua detenção, mediante obrigações e dispositivos concretos implementados pelas autoridades e por agências independentes,

em benefício de pessoas representadas por defensores particulares e públicos. Incluir audiências públicas de controle jurisdicional das detenções dentro das 24 horas seguintes à detenção. Deve ser garantida a comunicação entre advogado e cliente em lugares adequados para a preparação de uma defesa efetiva.

2. Desenvolver iniciativas para fortalecer uma cultura de maior profissionalismo no exercício da advocacia, tanto pública quanto privada. Especialmente, devem ser fortalecidos o trabalho proativo no desenvolvimento de investigações independentes durante as etapas prévias ao julgamento, o que garante o acesso à informação relevante; o estabelecimento de instâncias eficazes de aperfeiçoamento contínuo; mecanismos efetivos de controle e supervisão da qualidade do trabalho dos defensores públicos e particulares. Tanto os serviços públicos de defesa quanto as associações de advogados devem promover o desenvolvimento de padrões mínimos de desempenho profissional e garantir sua supervisão.

3. Garantir a independência funcional e orçamentária dos serviços públicos de defesa criminal, focada nos interesses dos destinatários do serviço, sem subordinação a prioridades institucionais, e garantir que cada defensor mantenha uma carga de trabalho razoável para não afetar a qualidade de seus serviços.

4. As legislações e práticas judiciais devem abandonar definitivamente os processos formalizados. Toda decisão jurisdicional deverá ser tomada em uma audiência pública e adversarial. Deve-se garantir o princípio do contraditório por meio de contrainterrogatórios efetivos, abandonando categorias de prova legal (como a presunção de veracidade de documentos públicos ou perícias oficiais).

5. Estabelecer medidas legais e práticas efetivas que limitem a prisão preventiva como recurso verdadeiramente excepcional. Banir legislativa e/ou judicialmente sua aplicação por decisão dos órgãos de investigação (procuradores ou juízes de instrução). Introduzir e fortalecer medidas cautelares alternativas e desenvolver órgãos específicos para sua aplicação e controle. Reconhecer como único âmbito válido para a aplicação de prisão preventiva a audiência pública e contraditória, dentro das 48 horas seguintes à detenção, perante um tribunal imparcial. Garantir processos rápidos de

revisão das decisões sobre prisão preventiva por meio de uma audiência perante um tribunal diferente.

6. Promover e fortalecer a produção de informação e dados oficiais, em qualidade e quantidade suficientes, sobre o funcionamento do sistema de justiça criminal e da vigência efetiva do direito de defesa. Promover a produção de pesquisas acadêmicas independentes.

9. Bibliografia

Autores vários. *El estado de la prisión preventiva en Argentina. Situación actual y propuestas de cambio.* Buenos Aires: Inecp–Open Society Foundations, 2012. Disponível em: www.inecip.org/index.php/2013-03-05-13-14-58/otros-titulos/68-el-estado-de-la-prision-preventiva-en-la-argentina-situacion-actual-y-propuestas-de-cambio.

Autores vários. *Informe anual 2009*. Comisión por la Memoria. Buenos Aires, 2009. Disponível em: www.comisionporlamemoria.org/comite/informes/anuales/webinforme09.pdf.

Autores vários. *Informe de gestión de la defensa penal. Fuero penal criminal y correccional 2012*, Procuradoria-Geral da Nação da Suprema Corte de Justiça do Estado de Buenos Aires. Buenos Aires, 2012.

Autores vários. *Informe sobre la situación de los pueblos indígenas. La agenda pendiente. Para el Relator de los Pueblos Indígenas, James Amaya.* Dezembro de 2011. Disponível em: www.derechosindigenas.org.ar/index.php/centrodocumentacion/cat_view/19-informes-y-dictamenes?start=5.

Autores vários. *Relevamiento sobre código de faltas.* Disponível em: www.lavoz.com.ar/files/Relevamiento_Codigo_de_Faltas.pdf.

Barone, Arnaldo Hugo e outros. "Aportes para la organización de una defensa pública proactiva en la provincia del Chubut", *VII Seminario de Gestión Judicial, CEJA - Superior Tribunal de Río Negro*, Argentina, 2010. Disponível em: www.defensachubut.gov.ar/?q=node/292.

Barroso Griffiths, Rodolfo Daniel y Nieto Di Biase, Marcelo Fernando. "La reforma procesal penal en Chubut. Implementación de una nueva gestión judicial", em

Reformas de la justicia en América Latina: experiencias de innovación. Santiago de Chile: Ceja, 2010.

Bertone, Fernando Martin. *La individualización judicial de la pena.* Córdoba: Alveroni, 2010.

Binder, Alberto. "El mercado de los servicios legales y la crisis de la abogacía". *Revista Sistemas Judiciales Revista* 9 (2005).

Binder, Alberto. "Los oficios del jurista: la fragmentación de la profesión judicial y la uniformidad de la carrera judicial", *Justicia penal y Estado de derecho Revista* 1 (2002).

Böhmer, Martín. "Metas comunes: la enseñanza y la construcción del derecho en Argentina". *Revista Sistemas Judiciales* 9 (2005).

Cecchi, Horacio. "Sin intérprete y en manos de la justicia". *Página 12,* 15 de octubre de 2013. Disponível em: www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-231199-2013-10-14.html.

Centro de Estudios Legales y Sociales. *Derechos humanos en Argentina – Informe 2008.* Buenos Aires: Ed. Siglo XXI, 2008.

Centro de Investigación en Políticas Públicas. *Informe 2013 del Observatorio de Pobreza*. Córdoba: CIPPES, 2013. Disponível em: www.cippes.org/observatorio-de-pobreza.php?pub=263.

Centro de Investigación y Formación de la Central de Trabajadores Argentinos. *Informe de Coyuntura 16*. Piedras: Centro de Investigación y Formación de la República Argentina, 2014. Disponível em: www.cta.org.ar/IMG/pdf/informe_de_coyuntura_no_16_adelanto_-2.pdf.

Cerliani, Carla e Soria, Patricia. *Planeación y litigación estratégica en materia de trata de personas y delitos conexos | Explotación sexual.* Buenos Aires: Inecip, 2012. Disponível em: www.abrepuertas.inecip.org/admin/noticias/pdf/publicacion-inecip-litigacion1.pdf.

Associação de Advogados de Comodoro Rivadavia. *Respuesta al informe solicitado por los autores en la investigación*. Chubut, Argentina, 5 de agosto de 2013.

Associação de Advogados de La Plata. Respuesta al informe solicitado por los autores en el marco de la investigación, La Plata, Argentina, 1º de fevereiro de 2013.

Associação de Advogados de Trelew. *Respuesta al informe solicitado por los autores en la investigación*. Chubut, Argentina, 13 de agosto de 2013.

Cóppola, Patricia. *Informe de Córdoba, Argentina*. *Proyecto de seguimiento de los procesos de reforma judicial en América Latina*. Córdoba: Ceja, 2003.

Córdoba, Gustavo. *Encuesta Córdoba – Septiembre de 2013*. Disponível em: www.gustavocordoba.net/cbaset2013/.

Defensoria Geral de Chubut. *Respuesta al informe solicitado por los autores en la investigación*. Chubut, Argentina, 23 de agosto de 2013.

Demmel, José Gómez. "El plan piloto en San Francisco superó las expectativas". *Comercio y Justicia,* 4 de abril de 2011. Disponível em: www.comercioyjusticia.com.ar/2011/04/04/el-plan-piloto-en-san-francisco-supero-las-expectativas/.

Diagonales, 27 de setembro de 2012. Disponível em: http://diagonales.infonews.com/Content.aspx?Id=188299.

Direção da Área Administração do Poder Judiciário de Córdoba. *Respuesta al informe solicitado por los autores en la investigación*. Córdoba, Argentina, 2013.

El Litoral. "Organismos de DDHH impugnan la candidatura de un fiscal en Corrientes*",* 30 de julio de 2013. Disponível em: www.ellitoral.com.ar/es/articulo/266732/Organismos-de-DDHH-impugnan-la-candidatura-de-un-fiscal-en-Corrientes.

Fleitas, Diego. *La seguridad ciudadana en Argentina y su relación con el contexto regional*. San José: FLACSO, 2010. Disponível em: www.app.org.ar/wp-content/uploads/2011/04/La-Seguridad-Ciudadana-en-Argentina-y-su-Contexto-Regional-FLEITAS-FLACSO-1.pdf.

Ginzberg, Victoria. "La Argentina ahora es un país más seguro", *Página 12,* 15 de abril de 2011. Disponível em: www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-166333-2011-04-15.html.

Governo do Estado de Córdoba. *Planta de personal. Presupuesto año 2013.* Córdoba: Personal CBA, 2013. Disponível em: www.cba.gov.ar/wp-content/4p96humuzp/2012/11/plantadepersonal.pdf

Governo do Estado de Córdoba. *Presupuesto año 2013.* Buenos Aires: PresCba, 2013. Disponível em: www.cba.gov.ar/wp-content/4p96humuzp/2012/11/montosporprogramas.pdf.

Guiñazú, Claudio. "El sistema penal frente a la diversidad cultural: el caso Ruiz, J.F.". *Derecho a la igualdad. Un análisis desde el método de casos.* Eds. Rossetti, Andrés y Álvarez, Magdalena I. Córdoba: Advocatus, 2010.

Heredia, José Raúl. "Nueva reforma en Chubut. Cuando los fiscales se apropiaron del proceso penal". *Revista Pensamiento Penal* 112 (2010). Disponível em: www.pensamientopenal.com.ar/node/26455.

Inecip e outros. *Uso abusivo de la prisión preventiva en las Américas*. Informe presentado en el 146 periodo de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Washington, 2012. Disponível em: http://www.adc.org.ar/sw_contenido.php?id=948.

Instituto Nacional de Estatísticas e Censos. *Informe 2013*. Buenos Aires: Indec, 2013. Disponível em: www.indec.gov.ar/desaweb/uploads/informesdeprensa/pob_tot_1sem13.pdf.

Instituto Nacional de Estatísticas e Censos. Site oficial. Disponível em: http://www.indec.gov.ar/.

La Mañana de Córdoba. "Proponen modificación del Código de Faltas", 13 de octubre de 2011. Disponível em: www.lmcordoba.com.ar/nota.php?ni=71768.

La Nación. "Rudolph Giuliani, invitado por el Frente Renovador: 'Le veo un gran futuro a Sergio Massa'", 21 de outubro de 2013. Disponível em: www.lanacion.com.ar/1630864-rudolph-giuliani-dijo-invitado-por-el-frente-renovador-le-veo-un-gran-futuro-a-sergio-massa.

La Voz del Interior. "Muestran cifras críticas contra el Código", 17 de novembro de 2012. Disponível em: www.lavoz.com.ar/ciudadanos/muestran-cifras-criticas-contra-codigo.

Langer, Máximo. *Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de ideas legales desde la periferia*. Santiago de Chile: Ceja, 2008.

Latinobarómetro. *Informe 2013*. Santiago de Chile: Corporación Latinobarómetro, 2013. Disponível em: www.infobae.com/2013/11/02/1520861-la-inseguridad-y-la-inflacion-son-las-principales-preocupaciones-los-argentinos .

Leonelli, Laura, "Imputan a comisario por ordenar detenciones para mejorar las estadísticas". *La Voz del Interior,* 17 de fevereiro de 2012. Disponível em: www.lavoz.com.ar/ciudadanos/imputan-comisario-ordenar-detenciones-para-mejorar-estadisticas.

López Puleio, Fernanda. "El acceso a un defensor penal y sus ámbitos especialmente críticos". *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década.* Ed. Abramovich, Víctor e outros. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2007.

Macchione, Nicolás. "La defensa pública en Córdoba. Parte II". *Comercio y Justicia*, 2012. Disponível em: www.comercioyjusticia.com.ar/2012/12/17/la-defensa-publica-en-cordoba-parte-ii.

Mella Seguel, Eduardo. *Los Mapuche ante la justicia: la criminalización de la protesta indígena en Chile.* Disponível em: http://labournet.de/internationales/cl/mapuche1.html.

Ministério da Defensoria Pública, Estado de Chubut. Site oficial – Programa Institucional. Disponível em: http://www.defensachubut.gov.ar/?q=node/2.

Ministério da Defensoria Pública, Estado de Chubut. Site oficial – Estructura de la Organización. Disponível em: http://www.defensachubut.gov.ar/?q=node/110.

Ministério da Defensoria Pública, Estado de Chubut. Site oficial – Planificaciones. Disponível em: http://www.defensachubut.gov.ar/?q=node/112.

Ministério da Defensoria Pública, Estado de Chubut. Site oficial – Publicaciones. Disponível em: http://www.defensachubut.gov.ar/?q=node/292.

Ministério da Defensoria Pública, Estado de Chubut. Site oficial – Publicaciones. Disponível em: http://www.defensachubut.gov.ar/?q=node/134.

Ministério da Educação da Nação. *Atlas de los pueblos indígenas.* Buenos Aires: MINEDU, 2013. Disponível em: www.mapaeducativo.edu.ar/pueblos_indigenas/index.php/component/content/article?id=17

Ministério da Justiça e Direitos Humanos da Nação. *Estadísticas en materia criminal*. Buenos Aires: Ministério da Justiça e Direitos Humanos da Nação, 2013. Disponível em: www.jus.gob.ar/areas-tematicas/estadisticas-en-materia-de-criminalidad.aspx.

Ministério do Trabalho, Emprego e Segurança Social da Nação. Consideraciones relevantes sobre el nuevo aumento del salario mínimo. Buenos Aires: Mintes, 2013. Disponível em: www.trabajo.gov.ar/downloads/destacados/130726_salario_informe.pdf.

Ministério Público da Defesa. *Informe sobre la situación de las personas privadas de libertad en la provincia del Chubut*. Maio 2013. Buenos Aires: DEFCH, 2013. Disponível em: www.defensachubut.gov.ar/userfiles/file/Prevencion%20Violencia/Detenidos/Informe_PRESOS_CHUBUT_Mayo_2013.pdf.

Ministério Público da Defesa. Ojos que no ven, corazón que no siente. Informe del monitoreo de los centros de detención de la provincia de Chubut. Marzo de 2012. Buenos Aires: MNPCH, 2012. Disponível em: www.defensachubut.gov.ar/userfiles/file/Prevencion%20Violencia/ObsVidaCarcelaria/informe_monitoreo_2013_solo_contenido.pdf.

Ministério Público Fiscal do Estado de Buenos Aires. Respuesta al informe solicitado por los autores en el marco de la investigación, Buenos Aires, Argentina, 4 de abril de 2013.

Morosi, Pablo e Obarrio, Mariano. "Stornelli: 'Hay que volver a un régimen de contravenciones', *La Nación*, novembro de 2009. Disponível em: www.lanacion.com.ar/1196798-stornelli-hay-que-volver-a-un-regimen-de-contravenciones.

Norte de Corrientes. "DD.HH: se oponen a que Carlos Schaefer se convierta en fiscal federal correntino", 25 de julio de 2013. Disponível em: www.nortecorrientes.com/article/2241/ddhh-se-oponen-a-que-carlos-schaefer-se-convierta-en-fiscal-federal-correntino.

Página 12. "No sabían, y Bonfatti no lo votaría", 25 de octubre de 2013. Disponível em: www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/rosario/9-41137-2013-10-25.html.

Procuradoria-Geral do Estado de Buenos Aires. *Respuesta al informe solicitado por los autores en la investigación,* Buenos Aires, Argentina, 28 de dezembro de 2012.

Rodríguez Rescia, Victor Manuel. "El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas,* vol. 110 (1998).

Schiappa Pietra, Luis A., "Prisión preventiva y reforma procesal penal en Argentina", *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina,* vol. 2. Santiago de Chile: CEJA, 2011. Disponível em: www.cejamericas.org/index.php/es/biblioteca/publicaciones-ceja.

Sistema Nacional de Estatísticas sobre a Execução da Pena. *Informe anual 2012.* Buenos Aires: SNEEP, 2012. Disponível em: www.infojus.gov.ar/_pdf/sneep/InformeSNEEPARGENTINA2012.pdf.

Soria, Patricia e outros. "Informe sobre la reforma procesal penal en Córdoba". *Revista Pensamiento Penal* 152 (2013). Disponível em: www.pensamientopenal.com.ar/articulos/informe-sobre-reforma-procesal-penal-cordoba.

Soria, Patricia. *Plan piloto para la profundización del sistema acusatorio en San Francisco, provincia de Córdoba, Argentina***.** Santiago de Chile: CEJA, 2010. Disponível em: www.cejamericas.org/index.php/component/content/article/2-uncategorised/565-plan-piloto-para-la-profundizacion-del-sistema-acusatorio-san-francisco-provincia-de-cordoba-argentina.html.

Subsecretaria de Administração da Procuradoria-Geral do Estado de Buenos Aires. *Respuesta al informe solicitado por los autores en la investigación,* Buenos Aires, Argentina, 8 de julho de 2013.

Tribuna de Periodistas. "Según una encuesta, la inseguridad está al tope de las preocupaciones", 8 de agosto de 2012. Disponível em: www.periodicotribuna.com.ar/11820-segun-una-encuesta-la-inseguridad-esta-al-tope-de-las-preocupaciones.html.

Tribunal de Disciplina de Advogados do Estado de Córdoba. *Respuesta al informe solicitado por los autores en la investigación,* Córdoba, Argentina, 3 de julho de 2013.

Universidad Nacional de Córdoba. *Estadísticas sobre Código de Faltas en Córdoba.* Buenos Aires: UNCCFCOR. Disponível em: www.lavoz.com.ar/files/En_cifras.pdf.

Vélez Mariconde, Alfredo. *Derecho procesal penal,* t. 1. Buenos Aires: Ed. Lerner, 1969.

Villocio, María Fernanda y Marengo, Bettina. "Policías salen a la calle con orden de hacer cinco detenciones diarias". *La Mañana de Córdoba,* 18 de agosto de 2005. Disponível em: www.lmcordoba.com.ar/ed_ant/2005/05-08-18/2_politica_01.htm.

Isadora Fingermann
Maíra Zapater
Rafael Custódio

CAPÍTULO 4 ANÁLISE POR PAÍS. BRASIL [1. 2.]

1. Introdução

1.1 Contexto político, social e cultural da formação do sistema de justiça brasileiro

O Brasil é um Estado organizado sob a forma de República Federativa de governo presidencialista. A Federação brasileira é composta por 26 Estados-membros e 1 Distrito Federal, onde se localiza a capital, Brasília, sendo todos os entes federativos (União Federal, Estados, Municípios e Distrito Federal) submetidos à Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, que estabelece suas respectivas atribuições.

A competência legislativa dos entes federados está descrita nos artigos 22, 23 e 24 da Constituição Federal.

O artigo 22, inciso I, estabelece que as leis penais e processuais devem ser elaboradas pelo Poder Legislativo Federal — o Congresso Nacional, composto por duas casas, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal —, de modo que toda legislação que define condutas criminosas, suas respectivas penas, assim como as regras processuais penais aplicáveis a todo o território nacional são de competência federal. Cabe salientar que, embora a Lei de Execução Penal[3] seja de abrangência

1 Este capítulo foi revisado por Vivian Calderoni e Ludmila Vasconcelos Leite Groch.

2 A pesquisa de campo referente a este capítulo foi finalizada em julho de 2013.

3 Lei nº 7.210/1984, que regulamenta as normas para a execução penal, estabelecendo as regras para o cumprimento da pena.

federal, normas de direito penitenciário (que regulamentam questões específicas do sistema prisional de cada Estado) podem ser estabelecidas pelos Estados-membros e pelo Distrito Federal em conjunto com a União Federal.

O Código Penal atualmente em vigor foi criado pelo Decreto-Lei nº 2.848 de 1940 (vigente desde 1º de janeiro de 1942), e o Código de Processo Penal, pelo Decreto- Lei nº 3.689 de 1941 (também vigente desde 1º de janeiro de 1942).[4]

A atual Constituição Federal de 1988,[5] elaborada e promulgada durante o processo de redemocratização ocorrido após o regime militar ditatorial (1964-1985), enfatiza fortemente os direitos e garantias individuais (arrolados no artigo 5º e 78, incisos, constando ainda a ressalva no §2º do mesmo artigo no sentido de que os direitos e garantias expressamente previstos não excluem outros decorrentes dos princípios adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro ou dos tratados internacionais firmados pelo Brasil).

É presumível, portanto, a desarmonia verificada entre a Constituição Federal democrática de 1988 e os textos originais do Código Penal e do Código de Processo Penal, produzidos em um momento ditatorial, mas considerados recepcionados pelo texto constitucional democrático e, portanto, em vigor. É verdade que o Código Penal sofreu profunda reforma em 1984 — antes da promulgação da Constituição Federal, portanto —, através da Lei nº 7.209/1984, que alterou a redação dos artigos 1º a 120.[6] Ainda assim, há muito descompasso entre o Código e a Constituição, que exige esforços de interpretação da lei de acordo com a norma constitucional, bem como novas

4 O Código Penal e o Código de Processo Penal brasileiros foram editados durante o governo do presidente Getúlio Vargas, que instaurou um regime ditatorial de inspiração no fascismo italiano. Na visão do cientista político e historiador José Murilo de Carvalho (*Cidadania no Brasil, o longo caminho*), o período ditatorial sob o governo do Presidente Getúlio Vargas, compreendido entre 1930 e 1945 — durante o qual se elaborou o Código Penal e o Código de Processo Penal até hoje em vigor no Brasil — caracterizou-se a um só tempo pela restrição dos direitos civis e políticos e pela ampliação de direitos sociais, especialmente os direitos trabalhistas, cf. Carvalho, 2001, pp. 88 e 120. A cultura ditatorial não deixou de reverberar na legislação penal: os dois códigos aqui comentados foram criados por decretos-leis, ou seja, impostos unilateralmente pelo Poder Executivo, entrando em vigor sem qualquer deliberação do Poder Legislativo democraticamente eleito.

5 Após a Constituição de 1937, o Brasil editou mais três constituições (uma democrática, de 1946, e duas do período da ditadura militar, em 1967 e 1969).

6 O Código Penal Brasileiro divide-se em duas partes: na Parte Geral (artigos 1º a 120) estabelecem-se conceitos gerais relativos a aplicação da lei penal, modalidades de crimes, imputabilidade penal, concurso de pessoas, penas e efeitos da condenação, medidas de segurança, ação penal, e causas de extinção da punibilidade; na Parte Especial são tipificadas as condutas criminosas (artigos 121 a 360). Na mesma ocasião, entrou em vigor a Lei de Execução Penal (nº 7.210/1984), que judicializou a execução das penas e estabeleceu direitos e deveres dos condenados a pena privativa de liberdade.

alterações dos textos legais, conforme alguns exemplos que serão apresentados ao longo deste relatório. O Código Penal, por exemplo, sofreu modificação pontual, relativa ao tratamento dado aos crimes sexuais, com a edição da Lei nº 12.015/2009.[7] Além disso, de 1988 até hoje, foram editadas muitas leis penais extravagantes, várias delas prevendo condutas criminosas. Por seu turno, o Código de Processo Penal sofreu reformas pontuais e significativas, fazendo-se aqui menção àquelas mais estreitamente relacionadas ao direito de defesa: a Lei nº 10.792/2003, por exemplo, consagrou o interrogatório do réu como meio de defesa, e não mais exclusivamente como meio de prova. A citada Lei tornou obrigatória a presença do defensor do acusado durante o interrogatório e conferiu às partes o direito de formular e fazer perguntas diretamente ao acusado (o que até então era atribuição exclusiva do juiz). A alteração privilegia o princípio da ampla defesa, cuja previsão consta na Constituição da República (art. 5º, LV).

Já a Lei nº 11.719/2008 realizou diversas alterações nos procedimentos comuns do Código de Processo Penal. Uma das mais relevantes foi o deslocamento do interrogatório do acusado do início do procedimento para o final da instrução probatória, em observância aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal (art. 5º, LV e LVI). Por fim, a Lei nº 12.403/2011, que criou medidas cautelares de restrição da liberdade (tais como obrigação de comparecer em juízo periodicamente para informar atividades, determinação de não aproximação da vítima, monitoramento eletrônico, entre outras) como alternativas à prisão processual, tendo em vista especialmente os números altíssimos de prisões provisórias no país e a desnecessidade de se decretar a privação da liberdade do acusado antes da condenação em situações de pouca periculosidade.

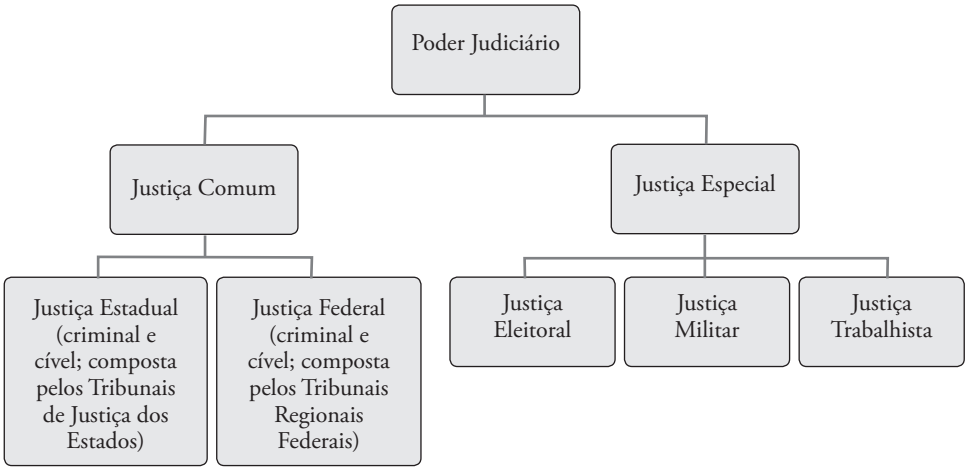
1.2 Breve síntese sobre a estrutura e o procedimento do sistema de justiça criminal brasileiro

A organização do Poder Judiciário brasileiro está prevista no Capítulo III da Constituição Federal.[8]

A divisão dos órgãos do Poder Judiciário é feita, basicamente, pelo critério da matéria julgada por cada um deles, e pode ser assim ilustrada:

7 A esse respeito, vale destacar que o antigo título denominado Crimes contra os Costumes foi alterado para Crimes contra a Dignidade Sexual, de modo que o bem jurídico tutelado integra o princípio da dignidade humana, previsto no art. 1º, III, da atual Constituição Federal.

8 Artigos 92 a 126.



Todas as demandas de matéria penal que não sejam de competência das Justiças Especiais serão processadas e julgadas pela Justiça Comum, que se divide em Justiça Federal[9] e Justiça Estadual, cuja competência territorial é dividida entre cada Estado-membro da Federação e o Distrito Federal.

Para exercer seu direito de punir, executando ao final a pena, o Estado deve realizar a persecução criminal, que se divide, basicamente, em duas etapas:

(i) **O inquérito policial:** trata-se de procedimento policial investigatório destinado a obter os elementos da autoria e materialidade de um crime que servirão para embasar eventual propositura de ação penal, sendo instaurado após uma prisão em flagrante, por portaria do delegado de polícia, ou mediante requisição do juiz ou do promotor de justiça. O inquérito policial é atribuição legal da Polícia Judiciária, sendo conduzido pelo Delegado de Polícia. Já ao Ministério Público cabe o controle externo da atividade policial[10] e a requisição de instauração do inquérito policial e

9 O artigo 109 da Constituição Federal delimita os crimes de competência da Justiça Federal Criminal nos incisos IV (crimes políticos ou praticados contra a União Federal, seus órgãos ou seu patrimônio), V (crimes previsto em tratados internacionais e executados em território brasileiro), V-A (crimes relativos a causas de direitos humanos), VI (crimes contra a organização do trabalho, o sistema financeiro ou a ordem econômica), IX (crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves) e X (crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro). Todos os crimes previstos na legislação penal brasileira que não incorram nas hipóteses mencionadas serão de competência da Justiça Estadual Criminal.

10 Constituição Federal, artigo 129, inciso VII.

de diligências investigatórias.[11] Como a condução da investigação abrange a realização de oitivas de acusados, vítimas e testemunhas, existe previsão legal[12] para que o delegado de polícia interrogue o acusado, estendendo-se, *no que for aplicável*, garantias previstas para o interrogatório judicial, tais como direito ao silêncio, a um advogado e a uma conversa reservada com este profissional.[13] Mais do que isto, como a lei determina que devem ser aplicadas as disposições referentes ao interrogatório judicial, previstas no artigo 185 e seus parágrafos do Código de Processo Penal, ao interrogatório policial, é possível interpretar que há a obrigação legal da presença de um advogado no ato. Não é, no entanto, o que se observa na prática.

Em relação aos defensores públicos que trabalham no Departamento de Inquéritos Policiais (DIPO), estes têm por função receber toda a documentação referente às prisões em flagrante realizadas na capital de São Paulo, pois, embora não se exija legalmente a participação da defesa durante as investigações policiais, os pedidos de relaxamento de prisão em flagrante e de liberdade provisória devem, obrigatoriamente, ser feitos por advogados. Porém, os quatro defensores lotados no DIPO realizam seu trabalho apenas no escritório localizado no prédio do Fórum Criminal e não se deslocam até delegacias e centros de detenção provisória para ter contato pessoal com os assistidos.

Não há previsão legal para a presença de um membro do Ministério Público durante a oitiva na fase policial e, embora não seja vedado, isto não ocorre na prática.

É importante destacar que todos os atos realizados durante o inquérito policial devem necessariamente ser registrados em documento escrito.

11 Constituição Federal, artigo 129, inciso VIII. O Código de Processo Penal brasileiro estabelece regras apenas para a investigação realizada pela Polícia, e nada menciona a respeito da possibilidade de crimes serem investigados por outros órgãos ou instituições. Isto significa que, embora não exista previsão legal, igualmente não há proibição expressa para que a investigação seja realizada por outros órgãos. Porém, o inquérito policial pode ser dispensado se os dados sobre o eventual crime puderem ser obtidos por outros órgãos que tenham atribuição (determinada pela Constituição Federal ou por lei) para investigar, como as Comissões Parlamentares de Inquérito (que apuram todo tipo de fato: administrativo, político, cível e até criminal, e podem encaminhar estes dados para a instituição responsável pela sanção correspondente). A respeito da possibilidade ou não de investigação pelo Ministério Público, ver item 3.4.1.

12 Código de Processo Penal, artigo 6º, inciso V.

13 Conforme consta do artigo 6º inciso V do Código de Processo Penal, que trata das diligências realizadas pelo Delegado de Polícia na condução do inquérito policial, sendo que o inciso V se refere especificamente ao interrogatório do acusado nesta etapa.

Embora não seja obrigatório para dar início à ação penal, esta investigação preliminar é feita pela polícia em praticamente todos os casos.

(ii) **A ação penal:** como regra geral, a ação penal é pública, sendo o Ministério Público o seu titular. Com algumas variações, o procedimento seguirá a seguinte ordem de atos:[14] uma vez instaurada a ação penal, é concedida ao acusado a oportunidade de responder por escrito à acusação que lhe foi dirigida, o que, em situações excepcionais, pode ensejar o encerramento antecipado do processo com a absolvição sumária do réu. Caso o processo prossiga, serão ouvidas as testemunhas da acusação e defesa,[15] necessariamente nessa ordem, e, por último, será realizado o interrogatório do acusado. Ao final, as partes poderão requerer outras diligências quando for necessário algum esclarecimento adicional em relação às provas produzidas em audiência. Terminada a instrução e colhidas as alegações finais das partes, o juiz deverá proferir sentença condenatória ou absolutória, da qual caberá recurso de apelação,[16] sendo que o Código de Processo Penal brasileiro[17] veda a reforma em prejuízo do réu quando somente a defesa recorrer da decisão. Esta fase é necessariamente jurisdicionalizada, com aplicação dos direitos ao contraditório e à ampla defesa, tanto em 1ª Instância quanto em 2ª Instância.

(iii) **Execução da pena:** Finalizada a persecução criminal, havendo condenação a pena privativa de liberdade, passa-se à execução da pena. No Brasil, por ser de natureza judicial e administrativa, o procedimento é conduzido pelo juiz da execução e pelo diretor do estabelecimento prisional onde a pena é cumprida. No processo de execução é obrigatório observar as garantias constitucionais do devido processo legal, da igualdade processual, do

14 A descrição aqui feita refere-se ao procedimento comum ordinário, utilizado para processar e julgar os crimes cuja pena máxima prevista seja igual ou superior a quatro anos de prisão, e que por isso é aplicado à maioria dos delitos previstos na lei brasileira, além de servir de modelo para os demais tipos de procedimento.

15 De maneira geral, as testemunhas de defesa são arroladas nesta fase, na maioria das vezes sem o contato do defensor com o acusado preso, o que frequentemente prejudica a produção de prova da defesa na fase de instrução.

16 A apelação poderá ser julgada pelo Tribunal de Justiça dos Estados no caso dos crimes de competência da Justiça Estadual, ou pelo Tribunal Regional Federal competente, no caso dos crimes de competência da Justiça Federal, conforme explicado na nota nº 5. Para este relatório, todas as menções à fase recursal se referem ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em razão do recorte escolhido para a pesquisa.

17 Artigo 617.

contraditório e da ampla defesa, da publicidade (referente, por exemplo, ao direito do preso saber de quanto tempo é a sua pena), e do duplo grau de jurisdição.

Em tese, sobretudo com a recente alteração do Código de Processo Penal (CPP) de 2008, o juiz não pode fundamentar sua decisão com base exclusivamente em provas do inquérito, salvo perícias e outras provas irrepetíveis. No entanto, em diversas ocasiões, este empecilho é contornado com depoimentos em juízo apenas dos próprios policiais responsáveis pelo flagrante ou pela condução das investigações. Muitas vezes esses policiais podem reler as informações constantes no inquérito antes de prestar o depoimento em juízo, o que certamente influencia o depoimento que prestarão nesta nova fase. Em socorro dessa *práxis*, há um sólido entendimento jurisprudencial nos tribunais brasileiros, dando crédito quase absoluto ao depoimento policial.

1.3 Justificativa do recorte geográfico e metodologia da pesquisa

De acordo com os dados levantados pelo Censo de 2010, o Brasil contabiliza 196.655.014 habitantes, sendo 96.745.275 do sexo masculino e 99.909.739 do sexo feminino. A maioria da população é urbana (86,91%, contra 13,09% de população rural). Em relação ao critério étnico-racial, dos aproximadamente 197 milhões de brasileiros, cerca de 91 milhões declararam ser da cor branca, 15 milhões disseram ser pretos, 82 milhões pardos, 2 milhões amarelos e 817 mil indígenas[18]. Em termos percentuais, significa dizer que 47,7% da população declarou ser da cor branca, ao passo em que 50,7% declararam-se pretos ou pardos, sendo a primeira vez em que a proporção de pessoas que se declara como preta ou parda ultrapassa a de pessoas que se declaram brancas.

O Estado de São Paulo foi selecionado como recorte neste trabalho de pesquisa por ser o mais populoso da federação, com 41.262.199 habitantes, sendo que 20.077.873 (aproximadamente 48,7%) pertencem ao sexo masculino, e 21.184.326 (aproximadamente 51,3%) ao sexo feminino.

Os órgãos oficiais não fornecem dados sistematizados e atualizados sobre as estatísticas criminais nacionais, e por essa razão é necessário recorrer a outros estudos para poder compreender minimamente o cenário. É importante ressaltar que essa ausência de dados disponíveis é, em si, uma informação relevante: a falta

18 Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, Censo de 2010.

de produção de informações oficiais e sistematizadas conduz à dificuldade de se diagnosticar causas da violência e da criminalidade e de se propor políticas públicas adequadas de prevenção.

Feita esta necessária ressalva, quanto aos dados da criminalidade no Brasil, de acordo com o Mapa da Violência de 2012,[19] tem-se uma taxa nacional de homicídios de 26,2 por 100 mil habitantes. No Estado de São Paulo, esta taxa é de 13 homicídios por 100 mil habitantes, e a maior taxa nacional encontra-se no Estado de Alagoas (região nordeste do Brasil), com 66,8 homicídios por 100 mil habitantes. Embora, como dito, não existam dados nacionais sistematizados, há indicativos de que o crime que mais encarcera, dentre os homens, é o roubo (28,3%), seguido pelo tráfico de entorpecentes (23%),[20] mas a taxa de encarceramento por tráfico de entorpecentes está crescendo mais que as demais.[21] No caso das mulheres, a maioria está presa por tráfico (40%). No Estado de São Paulo, 36% dos homens estão presos por roubo e 28% por tráfico de entorpecentes, ao passo que 35% das mulheres estão presas por tráfico e apenas 8,3% por crimes patrimoniais.[22]

De acordo com os dados do Ministério da Justiça (sistema Infopen, 2012[23]),[24] o perfil da população carcerária brasileira é nítido: os presos pertencem ao sexo masculino

19 Disponível em: <http://mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012_web.pdf> (último acesso em agosto de 2013).

20 Dados de dezembro de 2012. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=&params=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006=8-16B24-28407509DC7%D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D> (último acesso em agosto de 2013).

21 Também é alta a incidência de prisão pelo crime de furto, que atinge cerca de 35% das prisões. Disponível em: <http://www.soudapaz.org/Portals/0/Downloads/Resumo_Pesquisa%20Presos%20Flagrante%20Capital_TER%2012%20JUNHO%202012.pdf> (último acesso em setembro de 2013).

22 INFOPEN. SP. Dados de Dezembro de 2012. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=&params=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006=8-16B24-28407509DC7%D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D

23 Disponível em: http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=&params=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F-4CB26%7D> (último acesso em setembro de 2013).

24 Constou do Relatório Nacional do Estado Brasileiro apresentado no Mecanismo de Revisão Periódica Universal do Conselho de Direitos Humanos da ONU (2012) que os presos pertencem ao sexo masculino (93,6%), são jovens (53,6% tem entre 18 e 29 anos) e em sua maioria são negros ou pardos (57,6%). Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/programas/pdf/mecanismo-de-revisao-universal-das-nacoes-unidas-rpu-_1> (último acesso em agosto de 2013).

(93,6%), são jovens (48,5% tem entre 18 e 29 anos) e em sua maioria são negros ou pardos (53,83%). No Estado de São Paulo, os dados do Ministério da Justiça apontam realidade semelhante: 93,52% dos presos são do sexo masculino, 47,17% tem entre 18 e 29 anos, e 46,74% são negros ou pardos. A possibilidade de uma relação entre questão prisional e questão racial no Brasil é objeto de preocupação antiga, já tendo sido observada em diversos estudos nas últimas décadas: pesquisa realizada na década de 1990[25] levantou muitos dados estatísticos que permitem concluir pela existência de tratamento diferenciado para brancos e negros na condição de réu. Levando-se em consideração que a proporção de presos negros e pardos vem se mantendo elevada na população carcerária, é possível afirmar haver indicativos de uma relação entre encarceramento e preconceito racial. Segundo os autores da pesquisa, é mais provável que tal aspecto traduza uma maior vigilância policial e um tratamento seletivo de todo o sistema de justiça criminal sobre a população negra do que sobre a população branca.

Considerando que a competência da Justiça Estadual abrange a maior parte dos crimes previstos no ordenamento jurídico brasileiro, e que a administração do sistema penitenciário é de competência estadual, a pesquisa foi elaborada a partir do levantamento de dados e da observação da Justiça Estadual Criminal do Estado de São Paulo,[26] escolhido em razão de sua representatividade, pois além de ter a maior população do Brasil, apresenta o maior número de processos,[27] maior estrutura de Poder Judiciário[28] e maior população carcerária.[29]

25 O estudo *Racismo, criminalidade violenta e justiça penal: réus brancos e negros em perspectiva comparativa* foi feito pelo Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo entre 1992 e 1993. Resultados disponíveis em: <http://www.nevusp.org/downloads/down179.pdf> (último acesso em agosto de 2013).

26 Importante ressalvar que os dados colhidos dizem respeito à Justiça destinada aos réus adultos, pois crianças e adolescentes acusadas de praticar atos infracionais são submetidos ao Estatuto da Criança e do Adolescente que prevê procedimento diverso.

27 De acordo com o Relatório de 2012 das estatísticas judiciárias produzido pelo Conselho Nacional de Justiça, o Estado de São Paulo contabilizou 543.183 novos processos criminais no ano de 2011, de um total nacional de 1.541.536, ou seja, o correspondente a aproximadamente 35% de todos os novos processos criminais do país neste ano. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/rel_completo_estadual.pdf> (último acesso em julho de 2013).

28 De acordo com o Relatório de 2012 das estatísticas judiciárias produzido pelo Conselho Nacional de Justiça, o Estado de São Paulo conta com 3.384 magistrados, somando-se os juízes titulares e substitutos, de 1ª Instância e de 2ª Instância. Considerando-se que o total de magistrados da Justiça Estadual no Brasil somam 15.337, o Estado de São Paulo concentra 22% dos juízes em atividade no país. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/rel_completo_estadual.pdf> (último acesso em julho de 2013).

29 Atualmente, o Brasil conta com uma população carcerária de aproximadamente 550 mil presos. Destes, cerca de 195.000 estão presos provisoriamente, o que implica que mais de 35% da população carcerária brasileira aguarda seu julgamento em privação de liberdade. No Estado

A pesquisa de campo abrangeu o acompanhamento *in loco* de atividades dos seguintes órgãos:

– Varas do Foro Central da Barra Funda: competentes para processar e julgar crimes apenados com reclusão e crimes apenados com detenção praticados na área de competência territorial do foro central;[30]

– Departamento de Inquéritos Policiais e Corregedoria da Polícia Judiciária – DIPO.[31] São da competência deste órgão decisões judiciais que devam ser tomadas no curso de um inquérito policial, como, por exemplo, a decisão que converte a prisão em flagrante em preventiva, a decisão que relaxa o flagrante ou concede liberdade provisória, decisões de busca e apreensão, interceptação telefônica, entre outras. O DIPO é, assim, o órgão da justiça que, por estar na populosa São Paulo, exerce o controle judicial da entrada do maior número de presos no sistema prisional e é um órgão cujos juízes são escolhidos ao alvitre do Tribunal, sem que se lhes garanta a inamovibilidade;

– Seção Criminal do Tribunal de Justiça: repartição constituída de sete Grupos, cada um com duas Câmaras Criminais, totalizando catorze Câmaras

de São Paulo, esta proporção se mantém próxima do percentual nacional: dos 190.828 presos, 62.843 (ou seja, quase 33%) estão presos provisoriamente. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=&-params=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006=8-16B24-28407509DC7%D;&UIPartUID-%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>. Dados também disponíveis em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/22552-populacao-carceraria-do-brasil-atingiu-550-mil-presos-em-junho> (último acesso em agosto de 2013).

30 O Código Penal brasileiro estabelece pena de reclusão para penas mais longas, previstas para os crimes de maior gravidade, e pena de detenção para penas de menor duração, previstas para crimes menos graves. Embora a Lei de Execução Penal determine que tais penas devam ser cumpridas em locais distintos, na prática não se observa esta distinção, e a única diferença concreta entre ambas diz respeito ao regime inicial de cumprimento de pena, já que as penas de reclusão, em regra, tem cumprimento inicial em regime fechado, e a detenção sempre tem cumprimento inicial em regime semiaberto.

31 Órgão responsável pela centralização de todos os autos de prisão em flagrante e inquéritos policiais da capital paulista (com exceção daqueles que apurem crimes dolosos contra a vida e das infrações de menor potencial ofensivo, que são remetidos diretamente ao Juizado Especial Criminal), distribuindo-os, quando encerradas as investigações, às varas criminais. Trata-se de uma especificidade do Estado de São Paulo, tendo sido criado pelo Conselho da Magistratura, com organização estabelecida por Provimento do Conselho Superior da Magistratura: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br/acervo/normas.nsf/bc5547d0805f893503256d09005feee8/f7ad2b3f48f76f7003256d740042ad-4c?OpenDocument> (último acesso em julho de 2013).

> Criminais, cada uma delas composta por cinco Desembargadores[32] responsáveis pelo julgamento dos recursos interpostos das decisões proferidas por juízes de Direito em ações penais em 1ª Instância, bem como pelo julgamento de habeas corpus e mandados de segurança.

A pesquisa de campo incluiu também entrevistas em profundidade, visitas ao Fórum Criminal da Barra Funda e ao Tribunal de Justiça de São Paulo, com observações das instalações físicas e acompanhamentos de audiências de instrução (1ª Instância) e sessões de julgamento de *habeas corpus* e recursos (2ª Instância). É importante ressaltar que a pesquisa realizada foi de natureza qualitativa, e por esta razão não tem força de generalização, já que foram entrevistados poucos operadores de cada área, em decorrência das limitações temporais e espaciais do projeto. Porém, o resultado apresentado também se baseia nas observações empreendidas em campo e na experiência da Conectas Direitos Humanos e do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) na área da Justiça Criminal Brasileira.

Foram realizadas ao todo quinze entrevistas, abrangendo profissionais atuantes nas três etapas da persecução criminal:[33] três delegados (responsáveis por delegacias de polícia localizadas em bairros com populações de diferentes perfis socioeconômicos), três promotores de justiça, três juízes, três defensores públicos, dois advogados particulares e um advogado dativo.[34] Todos os entrevistados responderam às mesmas perguntas, que abrangiam as duas etapas da persecução penal (policial e judicial) e ainda a execução penal, para que fosse obtida a visão dos diferentes operadores do Direito sobre cada uma dessas fases, bem como sobre o sistema de justiça criminal como um todo.

2. Assistência judiciária

É obrigatória a presença de um advogado representando o acusado na fase judicial e na fase de execução da pena. Esta exigência, combinada ao direito à assistência

32 Nomenclatura utilizada para identificar os magistrados que julgam em 2ª Instância.

33 Não foi possível entrevistar um membro do Ministério Público atuante na fase policial, pois não se obteve qualquer retorno das tentativas de contato empreendidas.

34 Advogados dativos são aqueles que integram o Convênio de Assistência Judiciária celebrado entre a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e a Defensoria Pública, que será explicado detalhadamente no tópico 2, sobre Assistência Judiciária.

judiciária,[35] procura assegurar, ao menos em tese, que todos os acusados, especialmente os pobres, tenham acesso aos serviços gratuitos de um advogado de defesa.[36] Assim, quando o acusado não indica advogado de sua escolha, o Código de Processo Penal[37] determina que o juiz lhe nomeie um defensor, que poderá ser um defensor público ou um defensor dativo.[38] A lei brasileira[39] permite que a qualquer tempo o acusado nomeie um advogado de sua confiança, mesmo que o juiz tenha designado defensor público ou dativo em fase anterior.

Os defensores públicos são funcionários públicos bacharéis em Direito, submetidos a concurso público para esta finalidade, exigindo-se ainda aprovação

35 Garantido para aqueles desprovidos de recursos, conforme previsto na Constituição Federal, no artigo 5º, LXXIV.

36 Embora não exista recorte econômico para se garantir o direito à defesa na área criminal, o artigo 263 do Código de Processo Penal determina que, se o réu não for pobre e se utilizar dos serviços de assistência judiciária, deverá pagar os honorários.

37 Artigo 263, CPP.

38 Em 1988, a Constituição Federal estabeleceu que todo o trabalho de assistência judiciária da população carente nas demandas da Justiça Estadual deveria ser realizado pelas Defensorias Públicas dos Estados. O Estado de São Paulo, porém, somente instituiu sua Defensoria Pública no ano de 2006, e até então o serviço público de Assistência Judiciária era exercido pela Procuradoria de Assistência Judiciária (PAJ), vinculada à Procuradoria Geral do Estado (Órgão responsável pela representação da pessoa jurídica do Estado de São Paulo em juízo) e, de forma complementar, pelos advogados participantes do convênio então firmado entre a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e a PAJ. Com a criação da Defensoria Pública de São Paulo, foi dada aos procuradores de assistência judiciária a opção de migrarem para a carreira de defensor público, o que foi escolhido por 87 dos 350 procuradores que atuavam na Assistência Judiciária (Conforme divulgado em: <http://www.conjur.com.br/2007-out-02/defensoria_paulista_comeca_caminhar_sozinha>, último acesso em setembro de 2013). Em 2013, após a realização de cinco concursos, o Estado contava com 606 defensores, sendo 301 na Capital e 305 nas demais comarcas. Em 13 de julho de 2013, quando já estava finalizada a observação de campo desta pesquisa, foi publicado o edital para o 6º concurso de ingresso na carreira de Defensor Público em São Paulo, para preenchimento de 90 vagas. Destes, 185 atuam na área criminal no Estado de São Paulo, sendo 88 na capital (Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/0/Documentos/Relat%C3%B3rio%20das%20unidades.pdf>, último acesso em julho de 2013).

É importante consignar que, em uma escala menor, faculdades de Direito também montam escritórios-modelo, onde trabalham estudantes da graduação orientados por advogados já formados e que ficam legalmente responsáveis pelos processos. A atuação se dá por meio de convênio firmado com a defensoria, assim como outras entidades não governamentais e até mesmo públicas – como é o caso da FUNAP (Fundação que é responsável pela assistência jurídica na fase de execução penal juntamente com a Defensoria Pública).

39 Artigo 263, Código de Processo Penal.

prévia no exame da Ordem dos Advogados do Brasil.[40] A remuneração inicial é de aproximadamente US$ 5.000,00 mensais.[41]

Já os defensores dativos são advogados que se inscrevem no Convênio celebrado entre a Defensoria Pública e a OAB-SP,[42] e ficam à disposição para serem nomeados em casos encaminhados pela Defensoria Pública,[43] nos quais o acusado não tenha advogado, para então realizarem o atendimento por meio do Convênio. A única exigência legal em relação à qualificação[44] dos advogados participantes do Convênio é que tenham sido aprovados no exame da OAB, não havendo qualquer ingerência da Defensoria nestes trabalhos, embora exista previsão legal de um controle de qualidade por meio da Ouvidoria da Defensoria Pública. Os honorários para remuneração dos advogados dativos são de US$367,48 (defesa em procedimento judicial na área criminal), e US$152,28 (defesa na fase de execução).[45]

Durante a pesquisa de campo, observou-se que a quantidade de defensores não é proporcional às demandas das subdivisões da área penal, e por isso algumas áreas[46] carecem de defensores públicos, gerando extrema sobrecarga de trabalho. É o que

40 A Ordem dos Advogados do Brasil é a entidade que representa os advogados e regula a atividade da advocacia no Brasil. O exercício da profissão de advogado na área litigiosa é condicionado à aprovação no Exame da OAB, ao qual os bacharéis devem se submeter para poderem atuar, exigência estendida aos defensores públicos.

41 Não há desagregação dos dados de custeio por área da Defensoria Pública. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/0/Documentos/Execu%C3%A7%C3%A3o%20Or%C3%A7ament%C3%A1ria%20mar-2013.pdf> (último acesso em julho de 2013).

42 Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/0/documentos/conv%C3%AAnios/antigoconveniodpeoab.pdf> (último acesso em julho de 2013).

43 Como o Convênio atua de forma suplementar à Defensoria Pública, esta última encaminha aos advogados dativos os casos que extrapolem sua demanda.

44 Em São Paulo, o Termo do Convênio celebrado entre a Defensoria Pública e a OAB determina em sua Cláusula 2ª, § 10º requisitos específicos para atuação no Júri (comprovação de participação em sessões, além de realização de curso da Escola Superior de Advocacia) e no § 11º a realização de curso específico na Escola Superior de Advocacia como requisito para atuar na área de Infância e Juventude.

45 O recebimento destes honorários pode ser fracionado em percentuais de 70%, 60% e 30%, a depender do êxito do advogado no feito: no caso de condenação, o profissional receberá parte do pagamento na data da sentença e o restante quando for publicado o julgamento do recurso. Conforme observado em campo e relatado em entrevistas, este formato de pagamento frequentemente desestimula os advogados dativos a recorrerem de sentenças condenatórias, pois desta forma ficam dispensados de aguardar o julgamento do recurso (que pode demorar anos) para receber seus honorários. A tabela de honorários do Convênio está disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/0/documentos/conv%C3%AAnios/TABELA_HONORARIOS_OAB_JAN_2013.pdf> (último acesso em julho de 2013).

46 Mesmo nas varas criminais do Fórum Central, nas quais há dois defensores públicos por vara, a sobrecarga de trabalho existe, ainda que de forma menos crítica do que ocorre nas etapas do inquérito policial e da execução da pena.

ocorre, por exemplo, com o setor da Defensoria atuante junto ao Departamento de Inquéritos Policiais, que conta com apenas quatro defensores, responsáveis por todos os inquéritos policiais[47] da Capital nos quais o acusado não tenha indicado advogado. Outra área extremamente sobrecarregada, conforme relatado em entrevista, é a assistência judiciária da fase de execução penal.[48]

O convênio para prestação de assistência jurídica suplementar com a OAB busca suprir esta demanda onde os serviços da Defensoria forem insuficientes,[49] e o encaminhamento de casos para os profissionais conveniados varia conforme a demanda e realidade de cada local.[50] A maior parte dos serviços de assistência judiciária (incluindo outras áreas além da criminal[51]) do Estado de São Paulo é prestada pelo

47 Não foi localizado este dado, mas um dos juízes entrevistados atuante na fase de Inquérito Policial declarou que recebe cerca de 240 autos de prisão em flagrante por dia, e em média mil por semana. Vale observar que oito juízes atuam no DIPO. O relatório das atividades da Defensoria (2013) contabilizou o recebimento de 28.730 autos de prisão em flagrante nos plantões judiciários durante o ano de 2012. Estes defensores atuam também nos casos de competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e no Juizado Especial Criminal. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/0/Documentos/Relat%C3%B3rio%20das%20unidades.pdf> (último acesso em julho de 2013).

48 Na capital, apenas dezessete defensores atuam em favor de 70.000 presos, tanto em procedimentos judiciais quanto administrativos. Tanto é assim que o concurso mais recente, encerrado em 2013, priorizou o preenchimento de vagas na área de execução penal, segundo relatado em entrevistas e também conforme divulgado pelo governo do Estado de São Paulo em: <http://www.psdb.org.br/geraldo-alckmin-empossa-110-defensores-publicos/> (último acesso em julho de 2013). Na etapa da execução da pena, os condenados contam também com o convênio estabelecido com a FUNAP, explicado mais detalhadamente na nota nº 97.

49 De acordo com a OAB/SP, há 44.513 advogados inscritos. De todas as indicações realizadas no ano de 2011, aproximadamente 19% foram para atuação em casos de defesa criminal. O Estado de São Paulo conta com 645 municípios e 282 comarcas, sendo que as 23 unidades da Defensoria Pública atualmente instaladas atendem a todas as áreas de assistência judiciária, e não só criminal, e, em geral, são responsáveis pelo atendimento a vários municípios. As deficiências na estrutura da assistência judiciária em São Paulo são antigas, tanto que o Convênio existe desde 1986. Conforme verificado em campo, considera-se como critério para encaminhamento de casos para o convênio que o serviço é insuficiente nas comarcas em que a Defensoria Pública não está instalada, ou, se instalada, conta com um número insuficiente de defensores para absorção de toda a demanda. O convênio também atende casos em que se verifica a colidência de interesses entre usuário atendido pela Defensoria e terceiro.

Os dados completos estão disponíveis no relatório Dados Gerais da Defensoria Pública de julho de 2012 (ainda indisponível *online*) e no endereço <http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/>, onde está disponível pesquisa baseada neste relatório (último acesso em julho de 2013).

50 Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/0/Documentos/Relat%C3%B3rio%20das%20unidades.pdf> (último acesso em julho de 2013).

51 A área criminal conta 185 defensores em todo Estado, sendo 88 na capital. Considerando que a população com renda familiar de até 3 salários mínimos no Estado de São Paulo é de aproximadamente 29.543.517, significa dizer que há um defensor para aproximadamente cada 49 mil pessoas – e um advogado conveniado para aproximadamente 663 pessoas. O dado é compatível com o fato de a Defensoria Pública não conseguir absorver a maioria dos casos novos que chegam até a instituição,

Convênio da OAB. É uma situação que se mostra problemática: primeiro, porque o atendimento do Convênio da OAB deveria corresponder ao serviço suplementar de assistência judiciária. Segundo, porque é plausível presumir haver mais riscos de baixa qualidade técnica nos serviços prestados pelo Convênio do que naqueles prestados pela Defensoria Pública, o que decorre dos próprios termos em que a parceria é estabelecida: não há qualquer critério de avaliação da formação jurídica nem fiscalização do trabalho dos advogados. Os valores baixos dos honorários forçam os conveniados a assumirem o maior número possível de casos, e em todas as áreas do Direito, o que muito provavelmente compromete a qualidade técnica do trabalho. Além disso, a possibilidade de recebimento fracionado dos honorários em caso de condenação do assistido leva muitos profissionais a não recorrerem em favor de seus clientes, para que a decisão transite em julgado antes, possibilitando o levantamento dos honorários. Ainda, não é oferecido nenhum tipo de orientação profissional para os advogados que entram no convênio, o que certamente dificulta o trabalho, especialmente para os advogados menos experientes, mesmo quando estes tenham boa formação jurídica.

Têm direito à assistência judiciária gratuita as pessoas cuja renda familiar não ultrapasse a faixa de aproximadamente US$ 900, o equivalente a 3 salários-mínimos[52]. Em relação à existência de um recorte econômico para atendimento pela Defensoria Pública, há que se considerar duas situações distintas:

(i) Aqueles que se dirigem até o escritório da Defensoria Pública em busca de atendimento são submetidos a uma triagem e somente as pessoas cuja renda familiar seja de até 3 salários-mínimos (aproximadamente US$ 900) são admitidas;

(ii) Aqueles acusados em processo criminal que não indicarem advogado particular terão direito a um defensor público, independentemente de sua renda familiar. Porém, o Código de Processo Penal estabelece[53] que se o acusado não for pobre e se utilizar dos serviços do defensor público, deverá pagar seus honorários.

e com o elevado percentual de casos encaminhados para atendimento do Convênio.

52 Disponível em: <www.defensoria.sp.gov.br>. Todos os valores expressos em dólares americanos foram calculados conforme a cotação dólar/real para julho/2013.

53 Artigo 263, CPP.

O atendimento abrange presos em flagrante, réus presos ou em liberdade sem condenação, e condenados.[54] Conforme observado em campo, a forma de atendimento varia de acordo com a fase do processo:

– Quanto aos presos em flagrante, a maioria dos casos chega aos defensores por meio do Delegado de Polícia, que lhes remete cópia dos documentos referentes à prisão quando o acusado não tem advogado.[55] Por vezes, o atendimento é procurado por um familiar em favor do acusado.

– Os casos dos réus que já tenham processo judicial em andamento são encaminhados aos defensores que trabalham nas varas criminais[56] depois que o Ministério Público oferece a denúncia[57] e o réu é citado, quando se inicia o prazo para que seja apresentada defesa por escrito.[58] Não é raro que o processo somente seja encaminhado ao defensor muitos meses depois do oferecimento da denúncia, tempo despendido para a localização e citação pessoal do réu. Segundo relatado nas entrevistas e em pesquisas recentes,[59] a maioria absoluta dos processos tramita com o réu preso, não havendo contato dos defensores públicos com o seu assistido antes da elaboração da defesa escrita e da escolha das testemunhas, já que não há unidades da

54 Embora a Defensoria não disponha de dados exatos sobre a população elegível para atendimento (pois o Censo faz o cálculo aproximado de famílias com renda de 2 a 5 salários mínimos, e a Defensoria se propõe a atender pessoas cuja renda familiar não ultrapasse 3 salários mínimos), há dados obtidos em pesquisa realizada pelo IPEA (disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/>, último acesso em julho de 2013) a indicar que o Estado de São Paulo tem entre 40 mil e 157 mil pessoas elegíveis por defensor.

55 O artigo 306, § 1º, do Código de Processo Penal determina que se a pessoa presa em flagrante não informar o nome de seu advogado, a autoridade policial deverá encaminhar cópia integral do auto de prisão em flagrante para a Defensoria Pública.

56 Na cidade de São Paulo, cada vara criminal tem dois defensores públicos – um atuando junto ao juiz titular, e o outro, ao juiz substituto – e a Defensoria orienta o usuário a procurar diretamente pelo defensor responsável pelo processo no fórum; porém, esta orientação poderá variar conforme a cidade, já que nem todas terão idêntica estrutura de Defensoria Pública.

57 Peça que inaugura o processo judicial criminal.

58 Art. 396 do Código de Processo Penal.

59 Pesquisa realizada pelo Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo sobre prisões em flagrante por crime de tráfico de drogas apontou que em 88,64% dos casos o processo tramitou com o réu preso. Outra pesquisa, realizada pelo Instituto Sou da Paz, sobre prisões em flagrante, verificou que dentre os casos observados, somente 12,1% dos presos em flagrante tiveram sua liberdade provisória concedida na etapa policial. Íntegra dos estudos disponível em: <http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf e http://www.soudapaz.org/Portals/0/Downloads/Resumo_Pesquisa%20Presos%20Flagrante%20Capital_TER%2012%20JUNHO%202012.pdf> (último acesso em setembro de 2013).

Defensoria Pública nas unidades prisionais e o defensor público responsável pelo caso nem se dispõe a visitar seu assistido antes de preparar a defesa escrita e escolher suas testemunhas nem tampouco requisitar ao juiz que o réu preso seja levado ao fórum para poderem conversar reservadamente lá.

– O primeiro contato pessoal entre réu preso e defensor público só se dá, portanto, momentos antes da audiência de instrução, na porta da sala de audiência, o que demora em média 150 dias,[60] quando, inclusive, haverá seu interrogatório, cenário que retrata que a defesa conferida ao réu carente é meramente formal.

Nos casos de réus condenados, os autos são encaminhados para o defensor da execução assim que a sentença é registrada em cartório,[61] Outra possibilidade é a Defensoria ser procurada por um familiar do preso para que atue em seu favor. Nas duas hipóteses, raramente o defensor chega a conhecer pessoalmente o assistido.

Já os advogados dativos, segundo o Termo de Convênio, são nomeados para os casos via Defensoria. Conforme apurado na observação em campo, os advogados dativos são chamados a atuar a partir da citação, para apresentar resposta escrita à acusação. Da mesma forma que se dá com os defensores públicos, os advogados dativos não realizam, via de regra, qualquer contato pessoal com o cliente (esteja ele em liberdade ou não) até a data da audiência e nem são orientados para tanto, comprometendo a qualidade da defesa apresentada.

Deve-se ressaltar, ainda, que a lei prevê a hipótese de nomeação de defensor no próprio ato processual, a chamada nomeação *apud acta*, feita no momento do interrogatório, e independentemente de procuração.[62]

60 Conforme apurado na pesquisa realizada pelo Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, mencionada na nota anterior, e disponibilizada em: <http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf> (último acesso em setembro de 2013).

61 Mesmo com recurso para ser julgado, pois a pena pode começar a ser executada provisoriamente. Conforme será abordado com mais detalhes nas conclusões finais.

62 Artigo 266, do Código de Processo Penal. A este respeito, é importante consignar relatos de advogados entrevistados, a respeito de audiências realizadas em cumprimento de cartas precatórias (documento judicial emitido pelo juiz da causa para um magistrado que atue em outra localidade, com a finalidade realizar uma diligência processual nesta outra comarca, nos termos do artigo 222, do Código de Processo Penal) sem presença de advogado: como nesses casos os advogados ou defensores responsáveis pelo caso normalmente atuam na cidade de origem do processo, nem sempre se deslocam para a outra cidade onde ocorrerá a audiência da carta precatória. Por isso, é frequente advogados dativos irem a essas salas de audiência oferecendo-se para acompanhar oitivas como *ad hoc*, mas foi relatado pelos advogados entrevistados que muitas vezes estas audiências ocorrem sem qualquer advogado. Em que pese a grave afronta a direitos constitucionais ocorrida nesta situação, é importante consignar, contudo, que foi o único relato de ato processual realizado sem advogado.

3. Direitos legais e sua implementação

3.1 Direito à informação

Na legislação brasileira, o direito à informação, embora assegurado em todas as etapas da persecução criminal e na execução da pena, terá diferentes previsões legais em relação ao seu exercício conforme a fase do procedimento.

Na fase policial, as previsões legais relativas às informações sobre a natureza e a causa da acusação poderão variar de acordo com a forma como o inquérito foi instaurado. No caso dos inquéritos instaurados a partir da realização de uma prisão em flagrante, a formalização do ato de prisão inclui a entrega da nota de culpa ao suspeito em até 24 horas,[63] que é a comunicação formal do motivo da prisão, do nome da pessoa que a conduziu e suas testemunhas, com assinatura da autoridade policial responsável.[64] Segundo o relato de defensores entrevistados, muito embora sempre conste dos autos que o preso fora informado de seus direitos, é frequente a ausência desta comunicação no ato da prisão. Além disso, tanto juízes como defensores mencionaram que a nota de culpa é padronizada, e que por isso não é possível deduzir como se dá de fato o ato de informar o acusado de seus direitos na delegacia de polícia no momento da prisão.[65]

Já nos inquéritos iniciados por portaria do delegado de polícia, a lei nada menciona sobre a forma como deve se dar a comunicação do indiciamento ao acusado. Deve-se observar que a lei processual penal brasileira não impede o acesso do advogado ou acusado ao inquérito policial, mas garante expressamente a possibilidade de impor sigilo do inquérito policial.[66] Embora, com o advento do contraditório e da ampla defesa, garantidos pela Constituição Federal de 1988, a regra tenha passado a ser a publicidade dos processos judiciais e administrativos, ainda se enfrentam dificuldades para acessar as investigações criminais.Tal garantia foi reforçada pela

63 Delegados relataram que nota de culpa em geral é expedida no prazo de 24h, o que permite presumir que muitas vezes o preso presta interrogatório policial sem ser informado de fato de seus direitos.

64 Artigo 306, § 2º, Código de Processo Penal. O texto constitucional, que é posterior ao do Código de Processo Penal, estabelece em seu artigo 5º, LXIV, que o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial.

65 Vale lembrar que não há defensores públicos atuando presencialmente nas delegacias de polícia.

66 Artigo 20, do Código de Processo Penal. Importa ressaltar que a decretação de sigilo do inquérito policial é considerada constitucional, pois tem por finalidade não só assegurar o sucesso da investigação, mas também resguardar a imagem e a honra do indiciado, como assegurado a todos na Constituição Federal em seu o artigo 5º, X.

entrada em vigor do Estatuto da Advocacia,[67] que traz expressamente[68] o direito de o advogado examinar os autos do inquérito policial. Finalmente, em 2009, o Supremo Tribunal Federal pacificou a questão,[69] assegurando ao advogado de defesa e ao investigado o acesso amplo aos elementos do processo investigatório realizado pela polícia judiciária. Assim, interpretando-se os dispositivos legais de acordo com o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, e conforme percebido nas observações de campo, o conteúdo da tipificação formulada no indiciamento somente chegará ao conhecimento do acusado por meio de seu advogado, pois, embora nada impeça que o próprio investigado tenha acesso direto aos autos, isto ocorre muito raramente na prática.

Além destas questões, foram relatados por defensores e advogados entrevistados outros obstáculos a uma defesa de qualidade, tais como inquéritos policiais prosseguindo em autos apartados com pedidos de diligências pelo Ministério Público, mesmo quando já existe processo judicial em curso, o que exigiria o encerramento do inquérito policial.

Já na fase processual, o acesso aos autos é, em regra, público,[70] e a comunicação sobre a natureza da acusação é obrigatória. Dá-se por meio da citação, que é o ato de dar ciência ao acusado (que a partir de citado será classificado como réu) do ajuizamento da ação, imputando-lhe a prática de uma infração e oportunizando sua defesa. A obrigação é constitucional[71] e legal[72] e deve ser cumprida de forma escrita e verbal, pois a lei determina que o mandado de citação deverá ser lido e entregue pelo oficial de justiça ao acusado,[73] sendo obrigatória a posterior certidão nos autos lavrada pelo oficial de justiça de como o ato se deu.

67 Lei 8.906/1994.

68 Artigo 7º, inciso XIV.

69 Por meio da edição da Súmula Vinculante nº 14. A súmula jurisprudencial pode ser definida como a manifestação de um posicionamento dos Tribunais Superiores a respeito de determinada questão jurídica, que já tenha sido recorrentemente submetida a julgamento pela corte em questão, e que funciona como indicativo do entendimento a ser adotado em casos semelhantes. A súmula vinculante é uma espécie de súmula jurisprudencial que somente pode ser editada pelo Supremo Tribunal Federal, e recebe esta denominação por vincular todos os demais tribunais de instâncias inferiores a julgarem no mesmo sentido preconizado pelo STF.

70 Somente excepcionalmente o juiz pode decretar segredo de justiça por interesse público, mas, mesmo assim, este sigilo não é oponível ao acusado e seu advogado.

71 Constituição Federal, artigo 5º, LXIV. De forma indireta, também o inciso LV da CF, que assegura o direito ao contraditório e a ampla defesa, já que seu exercício depende da comunicação efetiva do conteúdo da acusação.

72 O Código de Processo Penal traz as regras referentes à citação nos artigos 351 a 369.

73 Artigo 357, do Código de Processo Penal.

Porém, verificou-se em campo que não existe qualquer fiscalização do trabalho dos oficiais de justiça, já que este se dá fora do prédio do fórum criminal. A título de exemplo, não foram raros os relatos de operadores de direito no sentido de que mesmo réus que respondem ao processo em liberdade (e que supostamente foram citados de forma regular), não procuram a Defensoria Pública nem constituem advogados particulares, fato que levanta o questionamento sobre a forma como se dá a citação e o nível de compreensão dos acusados do que ela significa.

É importante ressaltar que nas hipóteses em que há previsão legal (lavratura do auto de prisão em flagrante, citação decorrente do recebimento da denúncia e publicação de sentença condenatória) o direito à informação deveria ser absoluto e respeitado, inclusive, no caso de pessoas presas em razão deste ou de outros processos. No entanto, alguns defensores entrevistados relataram que, recorrentemente, acusados presos não são intimados pessoalmente de sua condenação, pois quando é proferida a sentença, o processo é transferido do defensor da fase judicial para o defensor da fase de execução (dificultando que o próprio defensor da fase de execução faça esta comunicação), e o precário sistema de intimação não leva a informação ao preso. Nesse ínterim, o sentenciado fica aguardando preso o julgamento do recurso, mas sem qualquer informação sobre sua condenação.

Em suma, não existe na legislação brasileira um documento que funcione especificamente como uma carta de direitos. Porém, outros documentos, destinados a outras finalidades, cumprem, ao menos formalmente, o papel de documentar a comunicação ao réu de alguns direitos: a nota de culpa,[74] entregue ao final da formalização do ato de prisão em flagrante, é o documento informativo oficial, dirigido ao preso, no qual se comunica[75] o motivo da prisão, o nome da autoridade que formalizou o ato e da pessoa que o conduziu à delegacia de polícia. O mandado de citação, por sua vez, tem por finalidade informar o réu de que está sendo acusado em juízo e de que tem direito a um advogado para atuar em sua defesa.[76] Contudo, é importante observar que, de acordo com a previsão legal, a nota de culpa somente é

74 Artigo 306, § 2º, Código de Processo Penal.

75 É também um direito constitucional, previsto no artigo 5º, LXIV, CF.

76 O mandado de citação está previsto no artigo 352, do Código de Processo Penal. Embora a lei não determine que o direito a um advogado deva constar deste documento, a doutrina entende que, a partir das alterações legais decorrentes da Lei nº 11.689/2008 (quando o ato de citação passou a comunicar o réu acerca de seu direito de apresentar defesa), este direito deve estar expresso no mandado de citação.

entregue ao acusado após finalizado o procedimento do flagrante, o que implica que a informação por escrito sobre seus direitos se dá após o interrogatório.

Embora a Constituição Federal preveja[77] que o preso será informado de seus direitos (entre os quais o de permanecer calado, de ser assistido por um advogado e de comunicar sua família da prisão), e o Código de Processo Penal[78] assegure que no momento do interrogatório o réu será informado do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas (e ainda que não se tenha presenciado em campo alguma situação específica na qual restasse claro que o acusado não tinha total compreensão do conteúdo da nota de culpa ou do mandado de citação), é presumível que a grande maioria dos destinatários destes documentos (frequentemente provenientes de classes sociais de baixa renda e de baixa escolaridade) não compreenda seu conteúdo, que é produzido em linguagem jurídica.

3.2 Direito à defesa e à autodefesa

Antes de detalhar as questões atinentes ao direito de defesa, importa esclarecer que o termo *autodefesa* pode ser compreendido em dois sentidos no ordenamento jurídico brasileiro:

(i) *A autodefesa como direito de apresentar sua própria versão dos fatos às autoridades:* é realizada por meio do interrogatório do acusado. O direito à ampla defesa assegurado pela Constituição deve contemplar dois aspectos: a autodefesa, exercida no momento em que o réu é conduzido à presença da autoridade policial ou judicial para apresentar a sua versão dos fatos (ou manter-se em silêncio, se assim o desejar) e a defesa técnica, exercida por advogado inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, pois a postulação aos órgãos do Poder Judiciário é atividade privativa da advocacia.[79] A fonte do direito de autodefesa, entendida como as manifestações do acusado durante o seu interrogatório, é legal[80] e constitucional.[81]

(ii) *A autodefesa como o direito de uma pessoa atuar tecnicamente em defesa de si própria durante a persecução criminal*: é autorizado pelo Código de Processo

77 Artigo 5º, LXIII.
78 Artigo 186.
79 Estatuto da OAB, art. 1º, I.
80 Artigo 185 e seguintes do Código de Processo Penal.
81 Artigo 5º, LV.

> Penal[82] em qualquer etapa (investigação policial; instrução; fase recursal; execução da pena) que o acusado legalmente habilitado (ou seja, bacharel em Direito e inscrito nos quadros da OAB) atue como advogado de si próprio. Embora exista essa permissão legal, é uma situação bastante rara de se verificar na prática, e, caso ocorra, estará sujeita às mesmas regras impostas para qualquer assistência prestada por advogado.

Por esta razão, para fins de elaboração deste documento, o termo *autodefesa* deverá ser compreendido no sentido da 1ª concepção acima mencionada, ou seja, *como direito de apresentar sua própria versão dos fatos às autoridades* por ocasião do interrogatório. O termo *defesa técnica*, por sua vez, fará referência à defesa feita por advogado (que pode ser inclusive o próprio acusado, desde que seja bacharel em Direito e legalmente habilitado), e o exercício deste direito sofrerá variações conforme a etapa da persecução criminal observada.

Em relação ao suspeito indiciado, não existe menção expressa quanto ao seu direito à assistência de um advogado, havendo até mesmo autores[83] que sustentam ser absolutamente inadmissível a ingerência de advogado constituído na fase pré-processual, em razão de o Código de Processo Penal[84] autorizar que o próprio preso ou alguém em seu nome (sem exigência de habilitação legal) se dirija ao juiz por simples petição no caso de demora na concessão de fiança pela autoridade policial, e também porque em eventual necessidade de impetração de *habeas corpus* igualmente não se exigiria capacidade postulatória. Não obstante, como já mencionado, o advogado tem direito de examinar os autos do inquérito policial em repartição policial. Além disso, considerando que o Código de Processo Penal[85] determina a aplicação das disposições referentes ao interrogatório tomado na fase judicial também ao interrogatório tomado na fase policial, isto poderia ser interpretado como fundamento para que se exija a presença de um advogado neste momento.

Na pesquisa de campo, todavia, a situação observada foi de quase total ausência de defensores nos atos em que se colhem depoimentos na fase policial,[86] quais sejam, a lavratura da prisão em flagrante e durante os interrogatórios policiais. O ato ocorre

82 Artigo 263.

83 Neste sentido, ver Fernando da Costa Tourinho Filho, 2010, p. 546, v. 4.

84 Artigo 335.

85 Artigo 6º, V.

86 Importa consignar que os defensores públicos atuantes no DIPO fazem o acompanhamento das investigações por meio de consulta aos autos dos inquéritos, que são encaminhados ao fórum com esta finalidade, sem estabelecer contato pessoal com os acusados.

sem a presença de defensor para quem, posteriormente, por determinação legal, cópia dos autos de prisão em flagrante é remetida. Neste contexto, os poucos interrogatórios policiais em que há a presença de advogado são acompanhados por advogado particular contratado pelo acusado. Porém, foi relatado pelos delegados e advogados entrevistados que, se o acusado está solto durante o inquérito policial, o mais comum é que o advogado não acompanhe o interrogatório. Durante toda a pesquisa de campo, não foi observada ou relatada nenhuma situação em que o delegado tenha orientado um acusado a chamar um advogado.

As omissões no aparato legal quanto ao direito de defesa no inquérito policial fazem com que a ausência de defesa nesta etapa seja considerada formalmente regular. Porém, observou-se em campo graves prejuízos ocasionados pela ausência de defesa técnica na primeira fase do processo, com consequências até a execução da pena. Isto porque as primeiras narrativas sobre o fato investigado acabam por influenciar substancialmente todos os desdobramentos do processo. Assim, ao invés de serem corrigidas na fase judicial, as irregularidades na fase de inquérito policial acabam se consolidando. Seria possível — e necessário — interpretar o conjunto de dispositivos legais no sentido de que, mesmo não havendo previsão legal expressa, não há qualquer vedação legal para a assistência de advogado na fase policial. Mais do que isto, embora a ausência de defesa técnica nesta etapa não gere nulidade em eventual ação penal, observam-se, na prática, diferenças evidentes no resultado de ações penais em que houve assistência de advogado no inquérito em relação às demais.

Na fase judicial, a defesa técnica é obrigatória em todos os atos do processo. Como já mencionado, o réu tem direito de preferencialmente escolher um advogado de sua confiança, e, somente se não tiver esse advogado, ser-lhe-á indicado um defensor público ou um advogado dativo. Na etapa da citação, o réu será informado de seu direito de ser assistido por um advogado, e caso não contrate o profissional de sua preferência, o defensor indicado (público ou dativo) receberá intimação por oficial de justiça para oferecer resposta à acusação no prazo de dez dias.[87]

É exatamente na fase judicial que surge o direito expresso[88] à entrevista reservada com o advogado. Foi recorrentemente relatado nas entrevistas que não há contato dos defensores públicos com o réu antes da data da audiência; em regra, defensor e assistido se conhecem nesse dia, na porta da sala de audiências. Sendo assim, a resposta à acusação — elaborada bem antes da realização da audiência — é feita sem que

87 Artigo 396, Código de Processo Penal.

88 Código de Processo Penal, artigo 185, § 5º.

ocorra nenhuma comunicação entre o defensor e o acusado, o que, evidentemente, enfraquece sobremaneira esse importante ato de defesa, no qual, inclusive, devem-se arrolar testemunhas e apresentar ou pedir a apresentação de documentos ou outras provas.[89] Além disso, em todas as audiências acompanhadas durante a pesquisa de campo, a conversa reservada foi feita na presença do policial da escolta, por poucos minutos, na porta da sala de audiência.

Na etapa de cumprimento da pena também é obrigatória a participação de um advogado. Na pesquisa de campo, verificou-se pelas entrevistas e relatos que a grande maioria dos presos em São Paulo não têm advogado particular constituído e estão assistidos pela Defensoria Pública e pela FUNAP[90] nesta última fase do processo, cuja atuação se dá a partir da expedição da guia de recolhimento e da formação do processo de execução, logo após o registro da sentença condenatória em cartório, como será explicado de forma mais detalhada no tópico 3.3.3 (direito à presunção de inocência).

Importa, ainda, fazer uma última ressalva em relação aos processos que transcorrem perante os Juizados Especiais Criminais (procedimento sumaríssimo), destinados às infrações de menor potencial ofensivo,[91] em que não há a exigência legal da presença de advogado na fase pré-processual, embora na prática tal presença seja recomendável. Na audiência para proposta de medidas despenalizadoras,[92] a lei exige a presença de um defensor.

89 A este respeito, ver também a deliberação 246 da Defensoria Pública de São Paulo, disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=39026&idModulo=5010> (último acesso em julho de 2013).

90 Fundação "Professor Manoel Pedro Pimentel", vinculada à Secretaria de Administração Penitenciária (estadual), realiza programas sociais em estabelecimentos penitenciários, oferecendo, entre outros serviços, assistência judiciária para os presos.

91 Definidas pelo art. 61 da Lei 9.099/95.

92 A Lei 9.099/95, que cria os Juizados Especiais Criminais, traz a previsão de três medidas despenalizadoras, com a finalidade de possibilitar alternativas ao processo criminal e à pena de prisão no caso de delitos de menor potencial ofensivo, especialmente quando praticados por acusados primários. São elas: a composição civil dos danos (prevista no artigo 74 da lei, e consistente na possibilidade de um acordo entre vítima e acusado, visando o ressarcimento dos danos; pode extinguir o processo nos casos em que o Ministério Público dependa de autorização da vítima para processar – a chamada ação penal pública condicionada à representação – ou de ação penal privada). Outra possibilidade é a transação penal, prevista no artigo 76 da lei: trata-se de uma proposta feita pelo Ministério Público de aplicação imediata de uma pena restritiva de direitos ou de uma pena de multa ao invés de iniciar o processo criminal. A vantagem da transação penal é que a sua aceitação não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente a concessão deste benefício pelos próximos cinco anos (art. 76, §4º).

Não ocorrendo composição civil dos danos, nem transação penal, será dado início ao processo criminal, ocasião em que o juiz analisará se o réu preenche os requisitos para a suspensão condicional do processo (artigo 89 da lei) – tais como não estar sendo processado nem ter sido condenado

Não obstante obrigue a presença de um advogado de defesa em todos os processos criminais, a lei brasileira não estabelece regras específicas para a assistência judiciária de acusados pertencentes a grupos vulneráveis, como doentes mentais, indígenas ou minorias étnicas. Vale lembrar que crianças e adolescentes são submetidas a procedimento previsto em lei específica[93] e estão igualmente abrangidas pelo direito a um advogado.

Embora não exista diferença formal entre o trabalho de defesa técnica realizado por advogados particulares, defensores públicos e advogados dativos, a observação da prática e as entrevistas empreendidas em campo demonstraram que os réus defendidos por advogados particulares em geral têm acesso a uma defesa de melhor qualidade. Os profissionais da Defensoria Pública, embora selecionados em rigoroso concurso público, acabam atuando de modo massificado, já que não têm contato pessoal com o assistido para preparar uma defesa individualizada. Não se verifica, ainda, na Defensoria Pública, uma política institucional eficiente para o atendimento do réu preso, não se verificando empenho dos defensores públicos no sentido de visitar seu assistido na unidade prisional, nem tampouco requisitando ao juiz para que apresente o acusado no fórum. Segundo relato de juízes e defensores públicos, os réus que dependem do convênio estabelecido pela OAB (defensores dativos) frequentemente têm defesas de nível técnico mais baixo, em decorrência de múltiplos fatores, mas principalmente por não haver qualquer critério de avaliação da formação jurídica, nem tampouco fiscalização do trabalho dos advogados conveniados.

Foi na estrutura de trabalho estabelecida pelo convênio com a OAB que se verificaram as piores práticas. Segundo as observações realizadas e os relatos das entrevistas, é possível identificar dois perfis distintos entre os advogados que se inscrevem para trabalhar no convênio: o primeiro perfil, ao que tudo indica, é mais frequente entre os dativos da Capital e é composto por advogados recém-formados, com pouca ou nenhuma experiência, que se inscrevem para ganhar experiência profissional enquanto ainda não se firmaram na carreira de advogado particular ou não foram aprovados em algum concurso público; o segundo perfil, relatado como mais presente nas cidades do interior do Estado, onde há menor mercado de trabalho

por outro crime. Aceita a proposta, o processo ficará suspenso por um período de dois a quatro anos, e o acusado será submetido a determinadas condições (como reparar o dano, comparecer regularmente em juízo para justificar atividades, não se ausentar da comarca onde corre o processo). Encerrado o período de suspensão com o adequado cumprimento das condições, o processo é encerrado, com a extinção da punibilidade do réu.

93 Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8069/90.

para os advogados particulares, é formado por profissionais que fazem do convênio sua principal fonte de renda, apesar dos valores baixos dos honorários, o que os força a assumir o maior número possível de casos, e em todas as áreas, o que frequentemente compromete a qualidade técnica da defesa. Juízes e defensores relataram que a possibilidade de recebimento fracionado dos honorários em caso de condenação leva muitos profissionais a não recorrerem em favor de seus clientes, para que a decisão transite em julgado antes, possibilitando, assim, o levantamento dos honorários.

Além disso, não é oferecida orientação profissional para os advogados que se inscrevem no convênio, o que dificulta o trabalho de defesa especialmente para os advogados menos experientes, mesmo quando estes são oriundos de escolas com nível de excelência e têm boa formação jurídica. Foi apurado nas entrevistas que os advogados dativos, mesmo quando comprometidos com o caso e dispostos a estudar para garantir a qualidade técnica do seu trabalho, têm dificuldade para lidar com questões práticas que dependem de tempo de experiência ou de orientação de um colega mais experiente na área.

Por estas razões, foi praticamente um consenso entre todos os entrevistados a impressão de que os acusados com condições financeiras de pagar por bons advogados em geral têm acesso às melhores defesas (por exemplo, advogados mais combativos em audiência, com mais disponibilidade para dedicar-se aos casos e explorar provas favoráveis, bem como para atuar em cortes superiores, realizando sustentações orais em recursos).

É importante ressaltar que a defesa de má qualidade pode gerar a anulação do processo, caso se considere que o réu está indefeso, ou seja, que sua defesa foi feita de forma ineficaz, embora formalmente atuante. Não há exigência legal específica quanto à qualidade técnica do advogado, mas o Código de Processo Penal determina que o advogado criminal ineficaz pode ser destituído pelo juiz e nomeado um defensor público em seu lugar, sob pena de anulação do processo.[94] A dificuldade em se obter esse tipo de anulação, contudo, reside no fato de ser necessário demonstrar especificamente como e por que o réu foi prejudicado pela defesa de má qualidade — e tal demonstração somente poderia ser feita por um advogado de boa qualidade técnica.

94 O Código de Processo Penal somente traz previsão expressa neste sentido para julgamentos realizados perante o Tribunal do Júri, mas existe o entendimento de que o controle jurisdicional da eficiência da defesa deve ser exercido em todos os tipos de processo, por força do direito à ampla defesa.

3.3 Direitos processuais

A maior parte dos direitos processuais penais tem status constitucional: direito à ampla defesa, ao contraditório, à presença de um advogado, à presunção de inocência, a permanecer em silêncio, entre outros,[95] fazem parte do rol de garantias individuais fundamentais.

Dentre as diversas reformas do Código de Processo Penal, cita-se aqui novamente a alteração realizada em 2008 pela Lei nº 11.719. Muito embora a mudança seja positiva, pois reconhece o interrogatório como ato de defesa e de prova ao colocá-lo como último ato da fase de produção de prova, a inovação trouxe como consequência o fato, já descrito acima, de que não há mais qualquer contato do defensor público com o réu antes do dia da audiência de oitiva de testemunhas e colheita de interrogatório. Ou seja, a partir da modificação feita em 2008, a resposta à acusação, cujo prazo estabelecido em lei é de dez dias depois da citação, é elaborada sem que o defensor tenha contato com o réu preso.

No procedimento previsto antes da reforma, como o interrogatório era o primeiro ato do processo, o réu preso (em geral pobre) encontrava o defensor ao menos nessa ocasião e podia indicar testemunhas para serem ouvidas na audiência de instrução ou outras provas, o que hoje se tornou mais difícil, tornando muitas vezes a resposta à acusação um ato meramente formal e genérico, no qual a defesa não indica testemunhas ou outras provas documentais e periciais que pretende produzir.

Na iniciativa de melhorar essa situação, a sociedade civil pressionou intensamente a Defensoria Pública, até que foi editada a Deliberação nº 246 de 23/03/2012, na qual se determinaram regras para o atendimento jurídico de pessoas presas provisoriamente: segundo a Deliberação, o encontro com o defensor público deverá ocorrer nas dependências do fórum (mediante requisição de transporte da pessoa presa até o local) ou no estabelecimento prisional onde o assistido se encontrar, e sempre antes da apresentação da resposta à acusação, justamente a fim

95 Os incisos LIII ao LXVI do artigo 5º da Constituição Federal contêm o rol dos direitos processuais relativos aos processos criminais, que além dos já mencionados incluem: direito a ser processado e sentenciado pela autoridade competente; devido processo legal; proibição de provas obtidas por meios ilícitos; não submeter o civilmente identificado à identificação criminal; publicidade dos atos processuais como regra; exigência de ordem judicial para realização de prisão (com exceção do flagrante); direito à comunicação da prisão em flagrante ao juiz competente e à família do preso; direito à identificação dos responsáveis pela prisão ou pelo interrogatório policial; direito ao imediato relaxamento da prisão ilegal; direito à liberdade provisória mediante pagamento de fiança. Ainda o inciso LXVIII prevê o direito a "habeas corpus" para os casos de prisão ilegal ou realizada com abuso de poder.

de possibilitar uma melhor produção de provas e, portanto, uma defesa técnica de qualidade e não genérica e massificada. Contudo, tal Deliberação não é cumprida, em geral, pelos Defensores Públicos.

Atualmente, quanto ao interrogatório do réu, o Código de Processo Penal determina[96] que se estiver respondendo ao processo em liberdade, deverá comparecer ao fórum para ser interrogado na data informada via intimação feita por oficial de justiça. No caso dos réus presos, a lei prevê que, preferencialmente, o juiz, o membro do Ministério Público e defensor devam se deslocar até o estabelecimento prisional para a realização do interrogatório, ou realizá-lo por videoconferência (prática repudiada pela sociedade civil articulada para a melhoria do atendimento ao preso provisório, pois a videoconferência não permite que se tenha a certeza de que o acusado esteja realmente sozinho nesse momento e não esteja sofrendo ameaças, além de não representar um contato pessoal com o advogado e com o juiz).

Não sendo possível uma dessas duas formas, o preso deve ser conduzido até o fórum. Ainda, pela interpretação combinada de dispositivos do Código de Processo Penal,[97] quando conduzido a juízo, o réu tem o direito de permanecer na sala de audiência durante toda a colheita de prova testemunhal, somente podendo ser retirado da sala quando sua presença comprometer o estado de ânimo da vítima ou de testemunhas, o que poderia influir nos depoimentos. Também no sentido de evitar influência ou intimidação das pessoas que vão prestar depoimento, o Código de Processo Penal[98] determina que os fóruns criminais devem reservar salas separadas para espera das audiências.

Na prática, verificaram-se alguns padrões recorrentes que, embora correspondam a um cumprimento formal da lei, comprometem a qualidade da defesa: o espaço físico do Fórum Central Criminal, instalado em um prédio novo e bem conservado, dispõe de salas separadas para testemunhas de acusação e defesa, mas as pessoas aguardam nos corredores. Há um aviso nas portas de algumas varas indicando que há parlatório no fórum, disponível no período da manhã, mas em nenhum dos interrogatórios observados estas dependências foram utilizadas.

É muito recorrente que as principais — ou únicas — testemunhas sejam os policiais militares que efetuaram a prisão. Em poucas audiências foram vistas testemunhas de

96 Artigo 185 e seguintes.

97 Artigos 185, § 2º, III; 217 e 399.

98 Arts. 201, § 4º e 210, § único.

defesa.[99] Por várias vezes os membros do Ministério Público se ausentaram por alguns momentos de audiências em andamento.

As pautas das varas são lotadas e para dar conta de cumprir todas as audiências do dia, muitas vezes as instruções são feitas apressadamente e sem comprometimento com a qualidade técnica da colheita de provas, tendo sido visto mais de uma vez a dispensa de testemunhas em razão de não haver tempo suficiente para as oitivas.

Nas audiências observadas, os réus presos sempre foram conduzidos ao fórum vestidos com o uniforme da prisão, algemados e escoltados. É bastante provável que esta imagem dos réus produza avaliações negativas — ainda que inconscientes — por parte daqueles que compõem os trabalhos das audiências.

Em todos os casos observados, os réus tiveram direito a conversar com seu defensor fora da sala, antes do início da audiência. Mas não se pode dizer que tenha sido de forma reservada, pois, como já mencionado, a conversa se dá na porta da sala de audiência, ao lado do policial da escolta. Embora não tenha sido visto nenhum juiz limitar esse tempo, notou-se que os advogados não se sentem à vontade para demorar, pois todos ficam esperando do lado de dentro da sala, além de serem agendadas muitas audiências para o mesmo dia e existir uma pressão para cumprir toda a agenda. Em nenhuma das audiências assistidas os réus acompanharam a instrução, nem os debates, tendo sido sempre reconduzidos à carceragem antes do encerramento do ato.

Outro ponto criticável diz respeito ao reconhecimento pessoal do acusado, por parte da vítima ou testemunhas:[100] embora o prédio do Fórum conte com salas próprias para este fim, o reconhecimento é frequentemente feito só com o réu, ou com o réu e mais uma pessoa, e com todos trajando o uniforme prisional, em desconformidade com o estabelecido pela Lei. Perguntas para a vítima ou testemunha que vão reconhecer são enviesadas (pedindo-se, por exemplo, que a vítima ou testemunha apenas confirme se determinada pessoa é autora do crime em questão).

99 Pesquisa a respeito dos processos criminais decorrentes de prisão em flagrante de crime de tráfico de entorpecente realizada pelo Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo em 2011 apontou que em 74% dos autos de prisão em flagrante analisados contaram apenas com o testemunho dos policiais que efetuaram a prisão, sem a presença de qualquer outra testemunha civil. Íntegra do estudo disponível em: <http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf> (último acesso em setembro de 2013).

100 O reconhecimento de pessoas é um meio de prova previsto no Código de Processo Penal, e que tem sua forma legal descrita no artigo 226: I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida; II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la.

Aliás, vale consignar que, especialmente em razão de serem raras as investigações técnicas de qualidade realizadas pela Polícia Civil, o reconhecimento é um método utilizado com muita frequência já na fase policial, e não raro acaba por orientar toda a colheita de evidências do inquérito policial, validadas na fase judicial e prejudicando indiretamente todo o exercício do direito de defesa. A formação da narrativa contida no processo criminal já se inicia viciada: o que chega ao conhecimento do Juiz em um primeiro momento é o que está na denúncia oferecida pelo promotor de justiça; este, por sua vez, tem o inquérito policial como única fonte da denúncia; e o inquérito policial é instaurado a partir do que é relatado no momento da prisão em flagrante pelo acusado (sem advogado, como já mencionado) e pelos policiais que efetuaram a prisão.

Os debates orais — momento em que acusação e defesa devem pontuar os argumentos centrais para tentar convencer o juiz da condenação ou da absolvição, já no final da audiência — são sempre feitos de forma automatizada, consistindo em uma simples leitura ditada para o escrevente. Em apenas uma das audiências observadas as falas se estenderam pelos 10 minutos previstos em lei. Nas demais oportunidades, o que se verificou foram leituras muito rápidas de textos em *notebooks* (às vezes, por menos de um ou dois minutos) e até mesmo casos extremos de defensores que apenas entregaram um *pen drive* para o escrevente copiar o arquivo na ata de audiência. Foi ainda frequente o juiz não prestar nenhuma atenção ao que está sendo dito, e até mesmo realizar outras atividades (como ler outro processo ou falar ao telefone) enquanto promotor e defensor ditam suas alegações. Vale acrescentar que o Código de Processo Penal prevê a possibilidade de conversão dos debates em memoriais escritos para os casos de extrema complexidade, mas o que se verifica na prática é que mesmo em processos de instrução probatória simples a conversão é feita em detrimento da oralidade processual.

Embora, nas audiências observadas, os juízes, de uma forma geral, se preocupassem em informar e explicar os direitos dos acusados, não é possível saber se os réus de fato compreenderam o jargão jurídico (em todas as ocasiões privilegiou-se a linguagem técnica para comunicar aos acusados os seus direitos), apesar da boa vontade dos magistrados. Importante observar que em nenhuma das audiências acompanhadas o réu foi orientado (nem pelos juízes, nem por defensores) a ler a ata da audiência ou seu depoimento antes de assinar.

Vale também fazer aqui algumas ponderações a respeito do exercício da defesa em segunda instância. O direito ao duplo grau de jurisdição não é um direito expresso na Constituição Federal, embora predomine o entendimento de que se trata de

direito fundamental implícito, interpretação decorrente da previsão de um sistema de tribunais na Constituição Federal e do próprio direito à ampla defesa (este sim, expresso). Ademais, o Brasil é signatário do Pacto de São José da Costa Rica, que prevê expressamente o direito ao duplo grau de jurisdição. Porém, a regra de manifestação do desejo de recorrer prevista no Código de Processo Penal[101] dificulta o exercício do direito de recorrer.

Nos julgamentos de apelações e demais recursos realizados no Tribunal de Justiça de São Paulo, é facultado ao defensor sustentar oralmente suas razões perante a Câmara Julgadora. O procedimento das sessões de julgamento é definido pelo Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo,[102] e a forma dos trabalhos é a mesma para recursos de todas as áreas jurídicas. Em relação à possibilidade de sustentação oral, havendo mais de uma sustentação a ser feita na sessão, o Regimento determina[103] a seguinte ordem: primeiro sustenta o recorrente e depois o membro do Ministério Público em 2ª Instância (a não ser que o MP seja recorrente). É importante observar que a ausência de previsão para que a defesa fale por último pode interferir no direito de defesa plena, como se verificou pelos acompanhamentos realizados na pesquisa de campo.

Nas sessões assistidas durante a pesquisa de campo, nas sustentações orais da maioria dos advogados a fala é de má qualidade técnica e em geral não é mais do que uma leitura em voz alta das razões dos recursos. Normalmente, nenhum dos desembargadores permanece atento a esta leitura, a não ser em casos pontuais de advogados bons oradores e de comportamento mais combativo — em geral advogados particulares. Não foram vistas sustentações orais feitas por defensores públicos, e, segundo relatado pelos próprios defensores entrevistados, é realmente raro que isso ocorra. O membro do Ministério Público de 2ª instância sempre se manifestou a favor da acusação, em todas as sessões acompanhadas, nas quais não se presenciou o julgamento de recurso interposto pela acusação, razão pela qual os advogados de defesa sempre foram os primeiros a realizar suas exposições.

101 O artigo 392 do Código de Processo Penal estabelece as regras para intimação da sentença. Em respeito ao direito à ampla defesa, a regra geral é que tanto o réu quanto seu defensor devem ser intimados da sentença condenatória. Embora seja esta a interpretação mais adequada ao que prescreve a Constituição Federal, o inciso II do artigo 392 do Código de Processo Penal admite que se o réu estiver respondendo a processo em liberdade, poderá ser intimado apenas o advogado. Desta forma, tanto o acusado quanto seu defensor poderão se manifestar a respeito, o que não ocorre necessariamente de forma concomitante, gerando frequentemente divergências entre as posições do acusado e seu advogado.

102 Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoCriminal/PortalDeTrabalho/RegimentoInterno.pdf> (último acesso em julho de 2013).

103 Artigo 144.

3.3.1 Direito de responder ao processo em liberdade e questões relacionadas a prisão processual

A Constituição Federal Brasileira determina que somente a autoridade judicial pode decretar a prisão de alguém, seja em decorrência de condenação em processo criminal, seja por custódia cautelar,[104] podendo fazê-lo por iniciativa própria ou a pedido de uma das partes envolvidas, conforme o caso.

A lei processual penal brasileira prevê três tipos de custódia cautelar:

a) **Prisão em flagrante:** prevista na Constituição Federal[105] e no Código de Processo Penal.[106] Única hipótese de prisão realizada sem ordem prévia, já que ocorre no momento em que alguém está praticando um crime ou acabou de praticá-lo, ou se foi perseguido logo após a prática do delito, ou ainda se foi encontrado após o crime, portando instrumentos, armas ou documentos que relacionem o acusado ao fato delituoso. Neste caso a legalidade da prisão em flagrante deve ser apreciada em até 24 horas pela autoridade judicial, para que solte o acusado caso se ausentes os requisitos da prisão preventiva, relaxe a prisão em flagrante ilegal, converta a prisão em flagrante em preventiva ou aplique ao acusado outra medida cautelar alternativa à prisão. Caso o preso não indique um advogado, a documentação da prisão em flagrante deve ser remetida também para a Defensoria Pública.[107]

b) **Prisão temporária:** espécie de prisão provisória, de natureza cautelar, somente cabível em fase de inquérito policial. Não tem previsão constitucional, mas apenas legal.[108] Podem pedir sua decretação tanto o Ministério Público quanto o Delegado de Polícia, mas não pode ser decretada de ofício pelo juiz. Tem duração máxima de 5 dias (prorrogáveis por mais 5, se houver extrema necessidade),[109] podendo ser decretada para alguns crimes específicos (arrolados na

104 Artigo 5º, LXI, CF.

105 Artigo 5º, inciso LXI, CF.

106 Artigos 301 e seguintes, CPP.

107 Artigo 306, Código de Processo Penal.

108 Lei nº 7.960/1989.

109 A Lei dos Crimes Hediondos (8.072/1990), que prevê tratamento mais rigoroso para determinadas condutas como latrocínio, estupro, tráfico de entorpecentes, entre outros, dispõe que, para estes crimes, a prisão temporária terá duração de 30 dias (prorrogáveis por mais 30, em caso de necessidade).

própria lei que dispõe sobre a prisão temporária[110]), desde que se considere imprescindível para as investigações e que o indiciado não tenha residência fixa.

c) **Prisão preventiva:** espécie de prisão provisória de maior espectro de aplicação. Pode ser decretada por iniciativa do juiz, ou a pedido do Ministério Público, do querelante ou da autoridade policial, sendo cabível tanto em fase judicial quanto na fase policial. A lei não estabelece prazo para seu término, limitando-se a determinar que o juiz pode revogá-la se não houver motivos para manter a custódia do acusado.[111] A prisão preventiva somente é admissível por lei[112] em quatro situações (e apenas para os crimes dolosos, sendo sempre inadmissível em crimes culposos): nos crimes punidos com pena máxima superior a quatro anos; quando o indiciado é reincidente em crime doloso; nos casos de violência doméstica, para assegurar as medidas protetivas à vítima; e nos casos de dúvida sobre a identidade civil da pessoa.

Sendo admissível a prisão preventiva, deve-se verificar se estão presentes seus requisitos[113] enquanto medida de natureza cautelar: prova da materialidade e indícios de autoria (a existência do crime deve ser certa, e deve haver forte suspeita sobre quem seja o seu autor), combinados com a demonstração do risco decorrente da manutenção do acusado em liberdade, o que, nas palavras da lei equivale à garantia da ordem pública ou da ordem econômica, à conveniência da instrução criminal e à garantia de aplicação da lei penal. A partir das modificações da Lei nº 12.403/2011[114] há quem entenda que a prisão preventiva também pode ser decretada por descumprimento de medidas cautelares alternativas anteriormente impostas.[115]

110 São eles: homicídio doloso; sequestro ou cárcere privado; roubo; extorsão; extorsão mediante sequestro; estupro; epidemia com resultado de morte; envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte; quadrilha ou bando; genocídio; tráfico de drogas; e crimes contra o sistema financeiro, conforme artigo 1º, inciso III da Lei 7.960/1989.

111 Artigo 316, CPP.

112 Artigo 313, CPP

113 Artigo 312, CPP

114 A Lei nº 12.403/2011 alterou o Código de Processo Penal, que passou a prever a possibilidade de aplicação de medidas cautelares restritivas de liberdade (tais como comparecimento em juízo para justificar atividades e novas regras para pagamento de fiança) quando não for possível manter o acusado em total liberdade durante o processo.

115 Importa destacar que a partir da Constituição de 1988 a prisão por averiguação foi retirada do ordenamento jurídico brasileiro, e não existe previsão legal de manutenção de alguém em custódia sem ordem judicial (lembrando que no caso de prisão em flagrante, para que esta seja mantida, deverá ser ratificada pelo juiz em no máximo 24 horas).

Quando o acusado é preso em flagrante, após finalizado o procedimento de formalização da prisão, a documentação é encaminhada ao juiz (que em São Paulo é o juiz do DIPO) para análise da legalidade da prisão. Se a prisão tiver sido realizada dentro dos parâmetros legais,[116] e não havendo motivo legal para manutenção da custódia cautelar (caso em que se decretaria prisão temporária ou prisão preventiva) o juiz deverá conceder a liberdade provisória do suspeito, o que poderá ocorrer mediante imposição de fiança ou de outra medida cautelar, nos termos do Código de Processo Penal.[117] A fiança também pode ser arbitrada pelo delegado, no caso dos crimes apenados com até quatro anos de reclusão.

A decisão sobre a concessão e o arbitramento da fiança varia conforme a pena prevista para o crime:[118] nas infrações com pena máxima de até quatro anos, a fiança poderá ser concedida pela autoridade policial; em todos os demais casos, somente o juiz pode decidir, em até 48 horas. A concessão de liberdade mediante fiança depende do pagamento do dinheiro. Ainda em relação à liberdade provisória na etapa policial, é frequente que sua concessão seja condicionada ao pagamento de fiança em valores que ultrapassam as possibilidades financeiras do acusado, inviabilizando sua colocação em liberdade, embora haja previsão legal de dispensa do pagamento deste valor se o acusado não tiver meios financeiros para tanto.[119] Além disso, o pagamento de fiança na cidade de São Paulo é feito por meio do preenchimento *on line* de boleto bancário, o que frequentemente acarreta dificuldades para os familiares de acusados pouco instruídos, pobres e sem acesso à internet, deixando-os na dependência da ajuda pessoal do Defensor Público responsável pelo caso ou de um funcionário da Defensoria.

Não estão disponíveis os dados referentes à proporção de pessoas condenadas que tenham sido mantidas em prisão preventiva durante o processo, mas é possível afirmar que há indicativos de uso excessivo desta forma de prisão, tendo em vista que os presos provisórios representam parcela significativa da população carcerária (cerca de um terço da população prisional paulista[120]), além do relato recorrente nas

116 Pois, caso contrário, o flagrante deverá ser relaxado e o acusado colocado imediatamente em liberdade.

117 Artigo 310.

118 Artigo 322, do Código de Processo Penal.

119 120 Art. 350, do Código de Processo Penal.

120 Em dezembro de 2012, a população prisional paulista era de 190.828 pessoas, sendo que destas 63.843 estavam presas provisoriamente, correspondendo a 33,4% do total da população carcerária do Estado. Dados disponíveis em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D=437-A-5A6B22166-A2D896E7%D&Team-&params=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006=8-16B24-28407509DC7%D;&UIPartUID-%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>
(último acesso em setembro de 2013).

entrevistas de que as denúncias que dão início à ação penal são em maioria de réus presos em flagrante. Observou-se, todavia, a existência de juízes de visão garantista, que se opõem ao uso excessivo e até mesmo ilegal da prisão preventiva.

Por outro lado, é importante relatar aqui as boas práticas presenciadas no decorrer da pesquisa: embora constem informações[121] a respeito da existência de pessoas mantidas em custódia provisória em delegacias,[122] o número de presos nesta situação vem decrescendo, e nas delegacias visitadas não havia nenhum. Ainda em relação à fase policial, verificou-se pelos relatos dos entrevistados que as notas de culpa nas quais se comunicam por escrito os direitos do preso em flagrante são, em geral, expedidas no prazo legal de 24 horas (mas ainda assim posteriores ao interrogatório).

Outra questão decorrente da ausência de defesa na fase policial — e que talvez tenha sido a violação mais grave entre todas as relatadas — diz respeito à realização de prisões temporárias não comunicadas à Defensoria Pública do DIPO, que somente toma conhecimento da situação dias depois (período durante o qual o acusado é mantido preso sem qualquer comunicação a advogado ou à sua família), quando a prisão temporária é convertida em prisão preventiva. Ainda, segundo relatado pelos entrevistados, é frequente que essas prisões temporárias sejam realizadas sem mandado judicial, que é expedido somente posteriormente.

3.3.2 Direito de presença em seu julgamento

A lei processual penal brasileira permite[123] que o acusado seja julgado mesmo ausente, o que se denomina *julgamento à revelia*: é o caso em que o réu, embora citado e, portanto, presumidamente ciente da imputação,[124] não comparece a ato processual. O processo seguirá sem a sua presença, preservando-se, entretanto, todas as suas garantias constitucionais fundamentais: presunção de inocência,[125] ampla defesa

121 Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/mutirao_carcerario.pdf> (último acesso em julho de 2013).

122 Em dezembro de 2012, o Estado de São Paulo contabilizava 4.867 presos sob custódia da Secretaria de Segurança Pública. No Brasil, porém, o total ainda chega a 34.290 presos em delegacias de polícia. Dados disponíveis em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D=437-A-5A6B22166-A2D896E7%D&Team-&params=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006=8-16B24-28407509DC7%D;&UIPartUID-%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D> (último acesso em setembro de 2013).

123 Artigos 366 e 367, do Código de Processo Penal.

124 Presumidamente ciente porque o acusado pode ter sido citado por edital e não pessoalmente.

125 Artigo 5º, LVII, CF.

e contraditório,[126] devido processo legal,[127] direito ao silêncio.[128] Estas garantias se concretizam especialmente pela exigência da presença de advogado (que pode ser constituído pelo acusado, defensor público ou dativo) e pela garantia de não haver, ao menos em tese, presunção de veracidade dos fatos alegados pela acusação.

Das audiências acompanhadas, poucas eram de réus revéis, e nelas sempre esteve presente um defensor. Todavia, não existem dados disponíveis a respeito dos efeitos eventualmente prejudiciais à defesa decorrentes da ausência do réu, ou quanto ao número e proporção de julgamentos realizados à revelia, o que dependeria fundamentalmente de observação de dados estatísticos.

Ainda na fase judicial, outro ponto merece destaque: o Código de Processo Penal traz desde 2008[129] a previsão do interrogatório por videoconferência, e embora o Fórum Criminal da Barra Funda possua instalações para tanto, não foi presenciado nenhum interrogatório realizado neste formato. Os defensores, juízes e promotores entrevistados relataram que a modalidade raramente é utilizada, e não há consenso entre os operadores do Direito sobre ela, exatamente em razão do alto risco de prejuízo à defesa do acusado que esta prática acarreta, já que não haverá contato presencial do juiz com o réu na única ocasião em que será exercido o direito de autodefesa na fase judicial.

3.3.3 Direito à presunção de inocência

A presunção de inocência é um direito assegurado na Constituição Federal,[130] determinando que o indivíduo só pode ser tratado como culpado após sua condenação, em decisão que não mais comporte recurso. Essa garantia traz uma série de implicações práticas, tanto de ordem jurídica (como a liberdade como regra durante o processo) quanto social (consistente, por exemplo, na vedação de exposição midiática do cidadão acusado de crime, em especial nos crimes dolosos contra a vida, que são submetidos a julgamento pelo júri popular). Foi o direito mais mencionado como mais importante, mais violado e maior carecedor de proteção, nas entrevistas com operadores que atuam na defesa (advogados particulares, defensores públicos e advogados dativos), especialmente na fase judicial.

126 Artigo 5º, LV, CF.
127 Artigo 5º, LIV, CF.
128 Artigo 5º, LXIII, CF.
129 Art. 185, CPP.
130 Artigo 5º, inciso LVII.

A observação em campo permitiu verificar que, na prática, o direito à presunção de inocência é violado de várias formas: a principal é o uso excessivo da prisão provisória, já mencionado no item anterior. No Brasil, 41,8% são presos provisórios e em São Paulo, 33,4%.[131]

Para além disso, existem juízes que, a despeito do reconhecimento da inconstitucionalidade da prática pelo STF, determinam o início do cumprimento de pena sem o trânsito em julgado da condenação.[132] Isto não se confunde, é bom que se diga, com a possibilidade de expedição de guia de recolhimento provisório, para acusados que responderam ao processo presos, prática positiva, já que viabiliza a concessão de benefícios de execução (como progressão de regime) mesmo quando ainda há recurso pendente.

3.3.4 Direito ao silêncio

Em relação ao direito ao silêncio, embora seja assegurado na Constituição Federal de 1988,[133] até o ano de 2003 o Código de Processo Penal[134] previa expressamente que o silêncio do réu poderia ser interpretado em prejuízo da defesa. Nas observações empreendidas, verificou-se que o direito ao silêncio, ao menos formalmente, é respeitado nas audiências: em todos os atos acompanhados, os réus foram informados deste direito pelo juiz antes de serem interrogados, embora nenhum deles tenha feito uso dele. Não há dados disponíveis sobre o impacto do direito ao silêncio nas decisões judiciais quando exercido.

3.3.5 Direito a decisões fundamentadas

O direito a uma decisão fundamentada é previsto na Constituição Federal,[135] implicando o dever do magistrado de fundamentar todas as suas decisões na lei e em fatos concretos descritos no processo, e de tornar públicos tais fundamentos.

131 Dados disponíveis em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=&params=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8-16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D> (último acesso em setembro de 2013).

132 Ver julgamento do habeas corpus 84.078-7. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf> (último acesso em julho de 2013).

133 Artigo 5º, inciso LXIII.

134 Artigo 186.

135 Artigo 93, inciso IX.

Ainda que nas sentenças condenatórias ou absolutórias seja mais rara a ausência de fundamentação, em determinados tipos de decisões é flagrante a ausência de motivação legal, como frequentemente ocorre em decisões de decretação de prisão preventiva, realizadas fora das hipóteses legais já detalhadas no item 3.3.1.c.[136]

É importante registrar aqui a recente alteração legislativa realizada pela Lei nº 12.830, publicada em 20 de junho de 2013, que estabeleceu que a decisão do delegado de polícia de indiciar alguém no inquérito policial deverá ser fundamentada, o que se mostra, ao menos nesse primeiro momento, como positivo para o direito de defesa.

3.3.6 Direito de defesa durante a execução da pena

A execução da pena é etapa de natureza judicial e administrativa e, por envolver discussões sobre o direito à liberdade, tais como progressão de regime, liberdade condicional, correto cumprimento da pena, entre outros, não pode prescindir de um advogado.

Contudo, a partir do Relatório do Mutirão Carcerário do Estado de São Paulo, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2011,[137] pode-se afirmar que os presos definitivamente condenados no Estado de São Paulo encontram-se praticamente sem possibilidade de defesa na esfera da execução penal, salvo os poucos que eventualmente possuam defensor constituído, sendo que, de acordo com membro da Defensoria Pública de execução penal entrevistado, muitas vezes é a própria administração do estabelecimento penal que pleiteia direitos em favor do apenado. No Estado de São Paulo, aproximadamente 40 defensores[138] atuam exclusivamente na execução penal, contingente notoriamente insuficiente para atender a demanda, constituída por uma população carcerária de 180 mil pessoas (sendo que na capital, são 17 defensores para cerca de 70 mil processos de execução).[139]

136 É importante mencionar, outrossim, ser comum a falta de fundamentação nas decisões de 2ª Instância, com acórdãos que se resumem a afirmar que "adotam as razões de decidir da sentença", transcrevendo-a. Vale consignar que o Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo, em seu artigo 252, permite que o relator se limite à fundamentação constante da sentença.

137 Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/mutirao_carcerario.pdf> (último acesso em julho de 2013).

138 Como já mencionado em tópico anterior, a defesa técnica da fase de execução também é feita pelos advogados da FUNAP, que não foram incluídos no recorte de pesquisa.

139 Os defensores atuam não somente no processo judicial, mas também nos processos disciplinares impostos aos presos condenados, e é frequente o desrespeito a direitos também nesta seara.

3.4 Direitos relativos à defesa efetiva

3.4.1 Direito de investigar o caso

Nos termos do Código de Processo Penal[140] e da Constituição Federal,[141] a atividade de investigação é atribuição da polícia judiciária. Não se vedava por lei a investigação particular até o advento da Lei nº 12.830, publicada em junho de 2013, que passou a determinar que as investigações criminais somente podem ser feitas pela polícia judiciária.

A ausência de proibição expressa de investigação por outros órgãos que não a polícia originou intenso e polêmico debate no Brasil durante os meses de produção deste Relatório, em especial sobre a possibilidade de investigação criminal realizada pelo Ministério Público, que, no vácuo de disposição específica a respeito, vem empreendendo investigações criminais há alguns anos.

O debate culminou na votação e arquivamento de uma proposta de emenda constitucional defendida pelas instituições policiais,[142] cujo texto tinha por finalidade determinar expressamente que as investigações de crimes fossem atividades privativas das polícias federal e civis dos Estados. Porém, com a recente alteração legal da Lei nº 12.830/13, o Delegado de Polícia passou a ter maior grau de autonomia na apuração de crimes, o que provavelmente levará a conflitos de interpretação da lei com a Constituição Federal, que permaneceu com o mesmo texto após o arquivamento da mencionada proposta de emenda constitucional, ensejando as mesmas interpretações alargadas sobre as atribuições de investigação.

No processo penal brasileiro, o ônus da prova compete à acusação:[143] o encargo decorre de determinação legal, combinada à interpretação que conjuga a presunção de inocência, o direito ao silêncio e as hipóteses de absolvição obrigatória previstas no Código de Processo Penal,[144] impondo ao juiz absolver o réu sempre que houver certeza a respeito da inocência ou dúvida sobre a culpabilidade deste. Em outras palavras, no processo penal brasileiro, ao menos em tese, o dever de

140 Artigo 4º.

141 Artigo 144, § 4º.

142 O texto completo da PEC 37 pode ser acessado neste endereço: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=DC9BE9BBF0F26A850C3DA0CED45B0793.node2?codteor=969478&filename=PEC+37/2011> (último acesso em julho de 2013).

143 Artigo 156, do Código de Processo Penal, estabelece que a prova da alegação incumbe a quem a fizer, sendo até mesmo facultado ao juiz requerer a produção de prova.

144 Artigo 386.

provar a culpa incumbe à acusação. Não se produzindo tais provas, a dúvida sempre deve beneficiar o réu com a absolvição.

De acordo com as determinações legais, o acusado, sempre por meio de sua defesa técnica, pode juntar documentos no processo, pedir perícias e, em audiência, fazer perguntas às testemunhas previamente arroladas pelas partes. Ressalte-se que toda a produção de provas deve ser feita na fase processual (em juízo), ainda que já realizada anteriormente durante o inquérito policial, e necessariamente por intermédio do advogado, pois tais atos dependem de capacidade postulatória. Especificamente em relação às perícias, o defensor, ao apresentar sua resposta à acusação, poderá solicitá-las, mas é necessário observar que muitas das perícias, por sua própria natureza urgente (como, por exemplo, a realização de exame necroscópico) são elaboradas na fase de inquérito policial, sem interferência dos interessados. É permitida a juntada de perícia contratada que pode contrariar a conclusão da perícia oficial.

Os obstáculos que os cidadãos acusados de crime encontram para ter acesso à defesa técnica de qualidade na prática acabam por prejudicar a efetivação dos dispositivos legais acima descritos. A observação em campo revelou que o acusado encontra muito mais dificuldades para produzir provas em seu favor do que a acusação para provar sua culpabilidade: as provas periciais raramente são pedidas pela defesa (especialmente no caso da imensa maioria de réus assistidos pela Defensoria Pública ou por advogados dativos) e dificilmente são encontradas testemunhas de defesa (o que se deve em grande medida à já problematizada ausência de contato com o réu antes da audiência), ao passo em que em todas as audiências acompanhadas havia testemunhas de acusação, em geral, policiais militares que participaram da efetivação da prisão, além do já abordado problema do reconhecimento do réu feito de forma ilegal.

Combinado a isso, há a questão dos chamados "Registros de Ocorrência não Criminal", consistentes na atividade da polícia judiciária de registrar a ocorrência de violações de direitos que não necessariamente são aptas a gerar processos criminais (tais como perdas de documentos e acidentes de veículo sem vítimas). Isto ocorre, segundo se constatou, por haver uma cultura de se orientar as pessoas a se encaminharem a delegacias de polícia para relatar qualquer tipo de violação de direito (o que é feito por órgãos dos mais diversos tipos, desde defensores públicos até instituições bancárias), passando-se a exigir a apresentação do boletim de ocorrência para, por exemplo, conseguir ressarcimentos de seguradoras de carros,

ou provar em processos cíveis que houve uma fraude bancária. De acordo com os delegados entrevistados, esse tipo de determinação — que, frise-se, não possui qualquer previsão legal — aumenta excessivamente a demanda de trabalho nas delegacias de polícia, afetando ainda mais a dinâmica das investigações criminais.

3.4.2 Direito a tempo e instalações adequadas para preparar a defesa

Em relação ao tempo para preparo da defesa, o Código de Processo Penal não estabelece qualquer prazo. Porém, no procedimento ordinário,[145] a lei estabelece um intervalo de no máximo 60 dias entre a resposta escrita à acusação (apresentada dez dias após a citação do réu)[146] e a audiência de instrução e julgamento; no procedimento sumário,[147] este prazo deverá ser de até 30 dias; e no caso do procedimento sumaríssimo[148] não há previsão legal expressa quanto a esse prazo, mas existe uma orientação geral na lei no sentido de que este procedimento deverá orientar-se pela celeridade. Estes prazos não se alteram no caso de troca de advogado e não há previsão legal de adiamento de audiência para melhor preparação da defesa.

Quanto à consulta reservada, o Código de Processo Penal estabelece[149] que, em qualquer modalidade de interrogatório, é assegurado o direito de entrevista prévia e reservada com seu defensor. Todavia, observou-se durante a pesquisa de campo que esta consulta se dá por poucos minutos, na porta da sala de audiência, na presença do policial da escolta, o que inevitavelmente prejudica o exercício deste direito.

3.4.3 Direito a paridade de armas na inquirição de testemunhas

A partir do momento da citação do réu, começa a correr o prazo de 10 dias para que o defensor apresente a defesa escrita, o que inclui o rol de testemunhas que se pretende ouvir em audiência, sendo importante frisar mais uma vez que a ausência de contato prévio entre réu e defensor praticamente impossibilita o exercício deste direito. Não

145 Aplicável aos crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a quatro anos.

146 Artigo 396-A, do Código de Processo Penal.

147 Aplicável aos crimes cuja pena máxima seja inferior a quatro anos.

148 Previsto na Lei 9.099/95 e na Lei 10.259/2011 para as infrações cuja pena máxima seja igual ou inferior a 2 anos.

149 Artigo 185, § 5º.

há qualquer proibição quanto ao defensor se reunir previamente com testemunhas potenciais, especialmente para avaliar a utilidade e pertinência da tomada de seu depoimento, mas a ocorrência deste fato na prática é rara, especialmente nos casos sob responsabilidade de defensores públicos. Frise-se que é somente na fase judicial que o defensor tem a prerrogativa de pedir a intimação de testemunhas, pois na fase de inquérito policial não há direito à ampla defesa, nem ao contraditório.

Em que pese as leis e a Constituição Federal preverem diversos dispositivos com a finalidade de equilibrar a relação processual existente entre acusado e Estado, as múltiplas deficiências do acesso à defesa técnica combinadas com uma cultura que tende a ser profundamente punitivista, compromete a paridade de armas no processo penal.

3.4.4 Direito a tradução e intérprete para os não falantes da língua nativa

O Código de Processo Penal[150] limita-se a garantir um intérprete no interrogatório judicial. Mas é possível interpretar que esta previsão se estende ao interrogatório na fase policial, por analogia estabelecida por lei.[151]

Em tese, o juiz deveria convocar um intérprete sempre que o acusado não falar a língua nacional. Na prática, verifica-se que não há serviço de intérprete na fase policial, e o auxílio para fazer com o que o acusado não falante de português compreenda o que se passa depende fundamentalmente da boa vontade de defensores públicos e funcionários, conforme relatado em entrevistas. Na fase judicial, foi relatado pelos entrevistados que a utilização dos serviços de intérpretes é uma situação rara.

O Código de Processo Penal traz[152] a previsão de tradução de documentos em língua estrangeira por tradutor público ou pessoa idônea. Não existe previsão legal do direito do acusado de traduzir livremente os documentos. Há entendimento doutrinário no sentido de que a tradução pode deixar de ser realizada se as partes entenderem ser desnecessário e sempre a critério do juiz.[153] Não foram constatadas, durante a pesquisa de campo, situações que envolvessem a necessidade de tradução de documentos, provavelmente em razão da natureza da maioria dos crimes processados (furto, tráfico e roubos com pouca violência e sem uso de armas).

150 Artigo 193.

151 Artigo 6º, V, Código de Processo Penal.

152 Artigo 236.

153 Neste sentido, ver Guilherme de Souza Nucci, 2008, p. 318.

4. Cultura profissional dos advogados de defesa e defensores públicos

4.1 As associações profissionais de advogados

Embora existam outras associações (como o Sindicato dos Advogados,[154] a Associação dos Advogados de São Paulo[155] e a Associação dos Advogados Criminalistas do Estado de São Paulo[156]), a principal associação profissional de advogados, em termos de número de associados e influência política, é a Ordem dos Advogados do Brasil, que conta com 845.107 advogados inscritos no país e 258.413 profissionais apenas na Seccional do Estado de São Paulo.[157] A importância do papel desempenhado por esta associação se reflete principalmente na proibição de praticar advocacia sem pertencer à Ordem dos Advogados, nos termos do Estatuto da OAB,[158] sendo que a inscrição nos quadros da OAB é condicionada à aprovação no Exame da Ordem.[159] Além disso, a regulação da profissão de advogado é responsabilidade exclusiva da Ordem dos Advogados.[160]

A OAB é independente de instituições governamentais: o Estatuto da Advocacia determina expressamente[161] que a OAB não tem qualquer vínculo funcional ou hierárquico com a Administração Pública.

4.2 O papel do advogado no procedimento criminal e seus deveres para com os clientes

O advogado é descrito na Constituição Federal[162] como o operador do Direito indispensável à administração da justiça, inviolável por seus atos e manifestações no

154 Disponível em: <http://www.sasp.org.br/> (último acesso em julho de 2013).

155 Disponível em: <http://www.aasp.org.br/aasp/> (último acesso em julho de 2013).

156 Disponível em: <http://www.acrimesp.com.br/> (último acesso em julho de 2013).

157 Disponível em: <http://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados> (último acesso em 04 de julho de 2013).

158 Artigos 1º e 3º.

159 Artigo 8º, inciso IV do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994).

160 Conforme o artigo 70 do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994), o poder de punir disciplinarmente os inscritos na OAB compete ao Conselho Seccional em cuja base territorial tenha ocorrido a infração. O julgamento será realizado pelo Tribunal de Ética e Disciplina do Conselho Seccional Competente. Este procedimento administrativo, todavia, não exclui, se for o caso, a responsabilização judicial do advogado, tanto civil como criminalmente.

161 Artigo 44, § 1º.

162 Artigo 133.

exercício da profissão, nos limites da lei. O Código de Ética[163] reproduz a descrição constitucional, acrescentando seu papel de defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social. Ainda, o Estatuto da OAB[164] define as atividades privativas de advocacia, tais como: a postulação aos órgãos do Poder Judiciário e aos Juizados Especiais (com exceção do habeas corpus), as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas. O mesmo Estatuto acrescenta ainda que no processo judicial o advogado contribui na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público.

A descrição e regulamentação das obrigações dos advogados para com seus clientes encontram-se no Estatuto da Advocacia e no Código de Ética e Disciplina da OAB. Entre as principais disposições, pode-se mencionar o direito a manter em sigilo o que lhe for confidenciado no exercício do trabalho, podendo, todavia, utilizar essas confidências nos limites da necessidade da defesa, desde que autorizado pelo cliente.[165] O Estatuto da Advocacia determina que o advogado que renunciar ao mandato continuará, durante os dez dias seguintes à notificação da renúncia, a representar o mandante, salvo se for substituído antes do término desse prazo.[166]

Não são estabelecidas diferenças entre as áreas de atuação dos advogados quanto às obrigações, mas há uma disposição específica sobre a defesa criminal no Código de Ética,[167] segundo a qual o advogado tem o dever e o direito de assumir a defesa criminal, sem considerar sua própria opinião sobre a culpa do acusado.

Os clientes insatisfeitos com o serviço prestado por seu advogado podem requerer a instauração de procedimento disciplinar, que pode também ter início por iniciativa do próprio Tribunal de Ética e Disciplina.[168] Há dados disponíveis (inclusive no site da OAB[169]) sobre os procedimentos disciplinares instaurados, mas não há desagregação dos dados por especialidade dos advogados processados, motivo pelo qual não é possível saber o quanto de reclamações há especificamente contra os advogados da área criminal.

A maior parte das percepções obtidas em campo a respeito do advogado de defesa se refere aos defensores públicos, em razão do perfil do réu em processos criminais. Não

163 Artigo 2º.

164 Artigo 1º.

165 Artigo 27 do Código de Ética.

166 Artigo 5º § 3º.

167 Artigo 21.

168 Artigo 51, do Código de Ética e Disciplina da OAB.

169 Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/tribunal-de-etica-e-disciplina/legislacao/procedimentos-do-processo-etico-disciplinar> (último acesso em julho de 2013).

há dados quantitativos disponíveis, mas de acordo com os relatos de entrevistas e os procedimentos acompanhados, a impressão é de que há mais réus sendo representados pela Defensoria e por advogados dativos do que por advogados constituídos. De qualquer forma, muitas das regras do Estatuto e do Código de Ética se aplicam a todos estes profissionais.

A Defensoria Pública é, em geral, uma instituição bem vista pelos operadores que atuam em outras instituições do sistema de justiça e seus membros são descritos como bem preparados e combativos. Não obstante, foi relatado em algumas entrevistas que esta combatividade da Defensoria Pública por vezes se manifesta, nas palavras de alguns promotores e juízes entrevistados, como um "excesso de defesa".[170] Este estranhamento pode indicar o quanto era inabitual que réus pobres fossem defendidos de maneira adequada.

O trabalho dos advogados dativos foi criticado em muitas entrevistas, principalmente no que diz respeito à falta de fiscalização e de critério de seleção para integrar o convênio, o que comprometeria gravemente a qualidade técnica da defesa feita por estes profissionais, segundo o relatado por juízes e defensores públicos.

Os advogados particulares — e defensores, de uma maneira geral — sentem-se malvistos pela sociedade, o que por vezes se reflete, segundo os entrevistados, em um relacionamento conflituoso com juízes e promotores. Estes últimos, em contrapartida, foram recorrentemente descritos — pejorativamente, vale dizer — pelos demais entrevistados, tanto defensores quanto juízes e delegados de polícia, como "combatentes do crime".

4.3 Mecanismos de garantia e independência profissional individual dos advogados de defesa

Os advogados não estão sujeitos diretamente a interferências sobre as estratégias para agir no melhor interesse de seus clientes, mas, conforme mencionado, podem

170 Por "excesso de defesa", os juízes e promotores entrevistados se referiam em geral à insistência nos pedidos de liberdade provisória e impetração – em seu entender – "indiscriminada" de *habeas corpus.* Vale observar que em 2012 o Supremo Tribunal Federal restringiu o uso de habeas corpus. De acordo com o novo entendimento, para se questionar uma decisão de instância anterior que denega pedido de habeas corpus, o réu deverá interpor Recurso Ordinário Constitucional, cujo julgamento em geral será mais demorado que o de habeas corpus. A este respeito, ler o julgamento do habeas corpus 109.956, disponível em: <www.stf.jus.br/portal/.../verProcessoPeca.asp?id > (último acesso em julho de 2013).

ser destituídos pelo juiz e pelo próprio assistido se não realizarem a defesa técnica a contento, o que acarretaria na nomeação de defensor público ou dativo.

Vale ressaltar que em relação ao advogado de assistência judiciária ou ao defensor público, o Código de Processo Penal[171] obriga-os expressamente a se manifestar de forma fundamentada, obrigação esta não imposta de forma legal e expressa ao advogado particular. Porém, não há dados disponíveis sobre casos em que houve decretação de nulidade por ter sido o réu considerado indefeso, bem como não foi verificado nos acompanhamentos de audiências feitos em campo casos em que o juiz exerça o controle jurisdicional sobre a qualidade da defesa.

Embora o Código de Processo Penal tente assegurar por meio destes mecanismos que os réus terão direito a uma defesa de qualidade, é imprescindível mencionar que especificamente em relação ao trabalho feito pelos advogados que integram o convênio há uma quase absoluta falta de fiscalização deste trabalho, que, somada à ausência de critério para admissão de advogados no convênio, agrava os problemas de qualidade técnica do trabalho destes profissionais.

5. Direitos relativos às populações nativas

Apesar de o Brasil contabilizar 817 mil indígenas dentre seus 196.655.014 habitantes (Censo, 2010), o aparato legal específico em relação aos grupos indígenas é escasso: o Estatuto do Índio[172] estabelece que a proteção das leis do país se estende aos índios e às comunidades indígenas, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas neste Estatuto. Portanto, a prática de infração penal por pessoa pertencente a grupo indígena será apurada, processada e julgada nos termos do Código de Processo Penal.

Importa ressalvar que o Código Penal[173] estabelece que as pessoas com desenvolvimento mental incompleto serão consideradas penalmente inimputáveis. À falta de definição legal de quem seriam estas pessoas, coube à doutrina elaborar tal definição, sendo consenso entre vários autores que o indígena não integrado à cultura hegemônica deve ser classificado como pessoa de desenvolvimento mental incompleto

171 Artigo 261, parágrafo único.

172 (Lei 6.001/1973), em seu art. 1º, parágrafo único.

173 Artigo 26.

e, portanto, sujeito ao mesmo tratamento jurídico do doente mental.[174] A aplicação deste entendimento em casos concretos é praticamente inexistente no sistema de justiça criminal, em especial no estado de São Paulo, justamente em razão da raridade da conjunção de todos os fatores necessários.

No Estado de São Paulo, em razão das suas características geográficas, sociais e culturais, a questão indígena não se faz muito presente nos Fóruns Criminais. Porém, em estados das regiões norte[175] e centro-oeste,[176] onde estão as maiores concentrações de população de etnias indígenas, este problema tende a aparecer com maior frequência.

A título de ilustração dos possíveis problemas que podem decorrer da diversidade cultural originada pelas etnias indígenas, vale citar aqui o caso que ficou conhecido como *Caso do Cacique Véron.*[177] ocorrido no Estado do Mato Grosso do Sul (região centro-oeste do Brasil), em janeiro de 2003, quando o cacique Marcos Véron foi morto durante um ataque a um grupo da etnia guarani-kaiowá que reivindicava a posse de terras indígenas. Após questionamento feito pelo Ministério Público Federal acerca da isenção dos jurados do local que deveriam julgar os acusados do homicídio do cacique (segundo o órgão, o suspeito de ser o mandante do crime possuía forte poder econômico e exercia considerável influência social, além de haver intenso preconceito racial contra os indígenas na região), o julgamento do caso foi transferido para São Paulo, por meio de procedimento denominado *desaforamento.*[178]

No dia do julgamento em São Paulo, as testemunhas indígenas foram impedidas de se expressar no tribunal em sua própria língua com a presença de um intérprete, tendo sido determinado que prestassem os depoimentos em português, utilizando o intérprete apenas para os casos em que os depoentes tivessem dificuldade de compreensão de algum termo, sob a justificativa de que o CPP só determina a necessidade de intérprete "quando a testemunha não conhecer a língua nacional".[179] Segundo o entendimento da juíza, não era esse o caso, já que durante todo o processo,

174 Neste sentido, ver Guilherme de Souza Nucci, 2005, p. 237; Cezar Roberto Bitencourt, 2010, vol. 1, p. 417; Magalhães Noronha, 1995, vol. 1, p. 164.

175 Amazonas, Pará, Rondônia, Roraima, Acre, Amapá e Tocantins.

176 Goiás, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul.

177 Mais informações sobre o caso podem ser encontradas nos endereços <http://www.ibccrim.org.br/site/noticias/conteudo.php?not_id=13779> e <http://www.conjur.com.br/2010-mai-09/nota-aju-fesp-apoia-juiza-suspendeu-julgamento-veron> (último acesso em julho de 2013).

178 Previsão do artigo 427 do Código de Processo Penal, existente apenas nos procedimentos do Júri, e que possibilita a transferência do julgamento para outra jurisdição quando houver suspeitas sobre a isenção dos jurados.

179 Artigo 223.

os índios teriam prestado depoimentos em português, inclusive constando dos autos que os mesmos sabem ler e escrever em português. O caso ainda está pendente de julgamento de recurso de apelação apresentado pelos réus.[180]

Embora este crime esteja sendo processado e julgado segundo as regras especiais do procedimento especial do júri (não abrangido pelo recorte desta pesquisa), e se trate não de um réu, mas sim de uma vítima indígena, a situação ocorrida constitui um exemplo ilustrativo de que a falta de intérpretes das línguas indígenas pode constituir sério obstáculo ao exercício do direito de defesa no caso de acusados pertencentes a essas minorias étnicas.

6. Comprometimento político com a eficácia da defesa

6.1 Análise crítica das políticas governamentais referentes à defesa criminal e à assistência judiciária

Não existe defesa na fase policial. Como mencionado em tópicos anteriores, como os autos de prisão em flagrante de presos sem advogado são encaminhados para atendimento da Defensoria Pública, os advogados dativos não atuam nesta fase na capital de São Paulo, e são poucos os presos em flagrante que têm acesso a um advogado particular.

A Defensoria Pública não está presente nas delegacias para acompanhar os interrogatórios feitos na fase policial. Trata-se de situação formalmente compatível com a lei, mas que sem dúvida interfere materialmente no direito de defesa. Além disso, o trabalho dos defensores é bastante massificado, como já desenvolvido anteriormente.

Na fase judicial, além de não haver contato dos defensores com o réu antes da audiência e de a conversa reservada ser feita muito rapidamente e na presença do policial da escolta, como já mencionado, foi relatado em entrevistas com defensores um impacto importante em decorrência da alteração legal do procedimento criminal ordinário ocorrida em 2008:[181] quando há prisão em flagrante, é frequente o réu permanecer preso durante o processo; nesse caso, como em geral o acusado não tem advogado, nomeia-se um defensor. A partir da modificação feita em 2008, a lei estabelece

180 O processo nº 2003.60.02.000374-2 pode ser consultado no *site* do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no link: <http://web.trf3.jus.br/consultas/Internet/ConsultaProcessual/Processo?numeroProcesso=00003742820034036002> (último acesso em julho de 2013).

181 Conforme detalhado na nota 72.

que em 10 dias seja apresentada a resposta à acusação, mas nesse prazo, os defensores atuantes na cidade de São Paulo não se encontram com os assistidos nas unidades prisionais e também não os requisitam para que possam conversar reservadamente antes da apresentação da resposta à acusação. Sendo assim, em geral, não há contato pessoal entre defensor e o réu preso, não havendo pesquisa sobre a existência de testemunhas e outros dados favoráveis à defesa. No procedimento anterior à reforma, como o interrogatório era o primeiro ato do processo, o réu preso (em geral pobre) encontrava seu defensor ao menos nessa ocasião e podia indicar testemunhas para serem ouvidas na audiência de instrução, o que hoje se tornou mais difícil, tornando muitas vezes a resposta à acusação um momento de defesa meramente formal.

Na fase de execução, há igualmente diversos problemas de ordem estrutural. Segundo apurado nas entrevistas, é relativamente frequente que a pessoa esteja cumprindo pena em uma cidade diversa da jurisdição onde tramita seu processo de execução, implicando que os pedidos de benefícios sejam feitos na jurisdição do processo, o que trará ao menos uma destas duas dificuldades: na remota hipótese de o preso ter um advogado particular, se este atuar profissionalmente na mesma cidade onde se dá o cumprimento de pena, a cada pedido de benefício (ou simples vista do processo para acompanhamento) o profissional deverá se deslocar para outra cidade; a outra possibilidade, mais frequente, é que o processo de execução esteja sob responsabilidade de um defensor público da área de execução, lotado em outra comarca, e que não terá absolutamente nenhum contato pessoal com o assistido, pois os defensores públicos não se deslocam até as unidades prisionais.

A tudo que já foi descrito, pode-se acrescentar que se observa que os gastos com o sistema de justiça criminal e com a assistência judiciária não são divulgados de forma desagregada, individualizados das demais despesas. De toda forma, em relação ao montante total de dispêndios, de acordo com o Relatório Justiça em Números da Justiça Estadual, produzido pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2010, o custo da Assistência Judiciária Gratuita no Estado de São Paulo é de US$393.112,73, correspondendo a 0,017% de uma despesa total da Justiça Estadual de US$2.247.714,14. A reduzida proporção em relação à despesa total com a Justiça Estadual, bem como a ausência de dados desagregados referentes aos custos da Justiça Criminal e de sua estrutura específica de assistência judiciária podem evidenciar a pouca importância dada à área, bem como o pouco investimento conferido ao setor.

Os advogados particulares mostram-se bastante conscientes da importância da Defensoria Pública, mas bastante críticos ao convênio da OAB; mas tanto advogados

quanto defensores são unânimes em constatar que a falta de estrutura da Defensoria prejudica as defesas e as torna massificadas. Ao contrário, os juízes e promotores entrevistados, em geral, declararam entender que a atual estrutura da Defensoria Pública é suficiente e adequada à demanda.

6.2 O impacto da cultura punitivista

Fez-se muito presente durante a pesquisa de campo (especialmente nas entrevistas com promotores e delegados) um forte discurso de preservação da sociedade: fala-se mais em *controle social* do que em *questão social* para se abordar o problema da criminalidade. O sistema de justiça é identificado por alguns dos profissionais entrevistados como um órgão repressor de crises, que deve punir e reprimir o crime, com a finalidade de exercer o controle social. Notou-se uma insatisfação destes entrevistados com o que consideraram um abrandamento das leis penais e de posicionamentos do STF neste sentido, sob o argumento de que haveria uma inadequação do garantismo da Constituição Federal, que se reportaria ao final da ditadura, mas que seria inadequada na atualidade.

Há indicativos de apoio popular a essa linha de posicionamento, especialmente no que diz respeito ao Ministério Público, conforme demonstrou pesquisa realizada pelo Ibope[182] relativa à popularidade desta instituição, em oposição a certa descrença na polícia (o que foi corroborado em entrevistas, especialmente com advogados, que muitas vezes descreveram a corrupção na polícia como "endêmica").

É identificável a adoção de um discurso cada vez mais punitivista na população do Brasil e de São Paulo: pesquisa realizada em 2010 nas capitais brasileiras pelo Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo comparou as respostas para perguntas que tinham por finalidade avaliar as atitudes, normas culturais e valores em relação a direitos humanos e à violência, repetindo questões utilizadas em pesquisa realizada em 1999. Uma das cifras que mais chamou atenção foi referente à afirmação "Os tribunais podem aceitar provas obtidas através de tortura": em 1999, 72,6% dos entrevistados afirmaram "discordar totalmente", já em 2010, o patamar caiu para 53,99%.[183]

182 Disponível em: <http://www2.ibope.com.br/calandrakbx/filesmng.nsf/Opiniao%20Publica/Downloads/ Opp074_fev_04.pdf/$File/Opp074_fev_04.pdf> (último acesso em julho de 2013).

183 Percentuais referentes às entrevistas realizadas na cidade de São Paulo.

Outra pesquisa, realizada pelo Senado Federal a respeito da proposta de reforma do Código Penal em trâmite legislativo atualmente, revelou que 89% dos entrevistados declararam ser favoráveis à redução da maioridade penal,[184] sendo que 20% das pessoas que responderam a esta pergunta defendem que qualquer pessoa, independentemente da idade, deve ser julgada como adulto.[185]

6.3 Percepções da população e abordagens da mídia sobre casos criminais como fatores de influência nos operadores do direito

A patente má interpretação do sistema de garantias processuais penais constitucionais é recorrentemente verificada, como, por exemplo, nos casos de decisões em que se decreta prisão preventiva de acusados em razão do "clamor público causado pelo crime" e da "gravidade abstrata do delito", hipóteses sem previsão legal. Nesses casos, a prisão é decretada não em razão do cumprimento de uma das hipóteses acauteladoras da lei, mas, frequentemente, em razão do destaque midiático do fato ou da gravidade do delito imputado àquele indivíduo. O Supremo Tribunal Federal já proferiu inúmeras decisões desautorizando as prisões preventivas decretadas com base nestes motivos, que não contam com respaldo legal. Dessa maneira, o indivíduo passa meses — às vezes, anos — preso ilegalmente até que o Supremo decida em seu favor.

Seria precipitado afirmar de forma conclusiva que predomina na população brasileira um arcabouço ideológico punitivista e refratário ao sistema penal garantista, mas há estudos importantes que chegam a conclusões neste sentido, como as já mencionadas pesquisas realizadas pelo Núcleo de Estudos de Violência da Universidade de São Paulo, intitulada *Atitudes, Normas Culturais e Valores em relação à violência* e pelo Senado Federal sobre a Reforma do Código Penal.[186]

Uma das percepções mais marcantes da pesquisa de campo foi em relação às opiniões dos entrevistados sobre as abordagens feitas pelos meios de comunicação em relação a casos criminais. Não foi formulada qualquer pergunta a este respeito, porém em 14 das 15 entrevistas o tema foi levantado espontaneamente pelos entrevistados, sempre apontando no sentido de uma influência deletéria nos resultados dos

184 A maioridade penal no Brasil se dá aos 18 anos.

185 Íntegra da pesquisa disponível em: < sso em julho de 2013.
e 2013).liografia,http://www.senado.gov.br/noticias/agencia/pdfs/ Reforma_do_C%C3%B3digo_Penal1.pdf> (último acesso em julho de 2013).

186 Disponíveis em: <http://www.nevusp.org/portugues/index.php?option=com_content&task=view&id=64&Itemid=55>. e <http://www.senado.gov.br/noticias/agencia/pdfs/Reforma_do_C%C3%B3 digo_Penal1.pdf> (último acesso em 23 de outubro de 2012).

julgamentos criminais, descrevendo os órgãos midiáticos como tendenciosos. Os delegados de polícia, em especial, declararam repetidas vezes sentirem-se cobrados para tomar providências não necessariamente de acordo com a lei em razão da extrema pressão exercida pela exposição excessiva na mídia.

7. Direitos mais recorrentemente mencionados

Em relação a quais os principais direitos processuais a serem garantidos a alguém acusado de crime, foi observado nas entrevistas que, com algumas poucas variações, para os operadores atuantes na fase policial, a integridade física do preso deve ser a preocupação central entre as garantias ao acusado. Entre os operadores atuantes na defesa (advogados particulares, dativos e defensores públicos), citou-se a presunção de inocência, e entre os operadores atuantes no Ministério Público e na Magistratura durante a fase judicial, foi apontada a ampla defesa.

Esse padrão pode indicar relação das respostas fornecidas com situações concretas do dia-a-dia dos entrevistados, já que os direitos não eram nomeados pelo entrevistador quando da formulação da pergunta. A partir disto, pode-se inferir que a prática de violência física contra presos ainda seja uma questão entre os profissionais que trabalham na fase policial, assim como que a percepção dos profissionais que atuam nos trabalhos de defesa é de que haja prejulgamentos tendenciosos dos acusados de crime. Já para os promotores e juízes, o direito a defender-se de forma adequada e eficaz no decorrer do processo ainda é algo pelo que se deve lutar para garantir.

8. Conclusões

A Constituição Federal de 1988 inaugura um novo paradigma para o Direito Processual Penal brasileiro: o texto que reestabeleceu a democracia no país primou pelas previsões das garantias individuais em processo criminal, conferindo-lhes *status* de direito fundamental e de cláusula pétrea. Além disso, o país passou a figurar como signatário dos principais pactos internacionais relacionados ao sistema de justiça criminal.[187] Porém, o Brasil ainda tem um longo caminho a percorrer para considerar cumpridas as suas obrigações assumidas na esfera internacional.

187 Regras Mínimas para Tratamento de Presos, Regras de Bangkok para Tratamento de Mulheres Presas, Convenção para Eliminação da Tortura, Pacto de São José da Costa Rica, Pacto dos

Há fortes contrastes entre a prática e as previsões legais existentes, sendo recorrentes violações diretas a previsões legais relativas ao direito de defesa. O cotidiano do sistema de justiça ainda é contaminado por más práticas que, mesmo cumprindo formalmente determinações legais ou constitucionais, constituem violações materiais de direitos, dificilmente identificadas, pois são situações em conformidade com as previsões legais.

O exercício do direito à informação encontra variação quanto à sua previsão legal: na fase policial, somente nas investigações iniciadas por prisão em flagrante a lei prevê a entrega de nota de culpa.[188] Porém, conforme já mencionado, durante a pesquisa de campo constatou-se que a padronização do documento não permite deduzir como se dá de fato a informação do acusado sobre seus direitos na delegacia de polícia ou no momento da prisão. Além disso, como destacado anteriormente, o documento somente é entregue ao acusado após finalizado o procedimento do flagrante, o que implica concluir que a informação por escrito sobre seus direitos se dá após o interrogatório.

Nas investigações iniciadas por portaria do delegado de polícia, a lei nada menciona sobre a comunicação do indiciamento, significando que, se o suspeito não foi preso em flagrante, não existe uma obrigação legal de informá-lo que há uma investigação policial contra ele em andamento.

Na etapa judicial, a lei obriga a citação.[189] Porém, foi verificado em campo não existir qualquer fiscalização do trabalho dos oficiais de justiça responsáveis por citar o réu, já que atuam fora do prédio do fórum criminal, levantando o questionamento sobre a forma como se dá a citação e o nível de compreensão dos acusados do que ela significa.

Em suma, não existe na legislação brasileira um documento que funcione especificamente como uma carta de direitos. Porém, a nota de culpa e o mandado de citação poderiam cumprir o papel de documentar a comunicação ao réu de alguns direitos. Frise-se, todavia, ser presumível que a grande maioria dos destinatários destes documentos não compreenda seu conteúdo, visto que é produzido em linguagem técnico-jurídica, e que os acusados são frequentemente provenientes de classes sociais de baixa renda e de baixa escolaridade.

Direitos Civis e Políticos.

188 Comunicação formal do motivo da prisão, o nome da pessoa que conduziu o suspeito e das testemunhas, sendo assinado pela autoridade policial responsável pelo flagrante, a ser entregue ao acusado em até 24 horas após sua prisão. Ver item 3.1.

189 Ato escrito e verbal realizado pelo oficial de justiça, pelo qual se dá ciência ao acusado do ajuizamento da ação, imputando-lhe a prática de uma infração e oportunizando sua defesa. Ver item 3.1.

Quanto ao direito de acesso aos autos, deve-se observar que, por lei, é facultado ao delegado de polícia decretar o sigilo do inquérito policial, e, a princípio, pode-se vedar até mesmo ao indiciado o acesso pessoal aos autos da investigação, embora em relação aos advogados constituídos esse sigilo não possa ser oponível. Via de regra, portanto, o conteúdo da acusação formulada no indiciamento somente chegará ao conhecimento do acusado por meio de seu advogado, conforme percebido nas observações de campo. Na fase processual, o acesso aos autos é, em regra,[190] público.

Não foram relatados problemas para que os advogados tivessem acesso aos autos do inquérito policial, nem de autos de processo criminal. É possível concluir, em relação a este direito, que está sedimentada a noção de publicidade dos autos de inquéritos e processos para os advogados de defesa, salvo casos excepcionais.[191] Vale lembrar, como já mencionado, que o Supremo Tribunal Federal pacificou o tema ao publicar a Súmula Vinculante nº 14, que assegura o acesso aos autos de inquéritos policiais aos advogados de defesa.[192]

O direito à assistência de um advogado encontra sérios problemas para ser exercido: a fase policial prescinde de defesa técnica.[193] Já na fase judicial, mesmo sendo obrigatória a presença do advogado de defesa, a precariedade do contato do acusado com o defensor público é patente, uma vez que o primeiro encontro ocorre rapidamente na porta da sala de audiências.[194] Conclui-se que a previsão expressa[195] do direito à conversa prévia e reservada do acusado com seu defensor é insuficiente, pois a pesquisa de campo demonstrou que este direito é cumprido de maneira meramente formal, com prejuízos severos ao exercício do direito de defesa.

Vale lembrar, a lei não obriga o contato pessoal entre defensor público e réu preso antes do oferecimento da resposta escrita à acusação, prejudicando a escolha de testemunhas e outras provas efetivas para a defesa. O primeiro contato pessoal se dá na audiência e demora em média 150 dias,[196] a ilustrar a precariedade do exercício da defesa em um momento tão basilar da ação penal. Em contrapartida, em todas as

190 Ver item 3.1 sobre as hipóteses de decretação de segredo de justiça, em nota.

191 Sobre as situações em que é facultado ao juiz decretar segredo de justiça dos autos do processo criminal, ver nota nº 80.

192 A esse respeito, ver nota nº 79.

193 Embora não seja vedada, não há previsão legal no sentido de sua obrigatoriedade, tornando-a praticamente inexistente. Ver detalhes no item 3.

194 Ver item 3.2.

195 Constitucional e legal.

196 Ver item 2.

audiências acompanhadas havia testemunhas de acusação, em geral, policiais militares que participaram da efetivação da prisão.

Ainda sobre as audiências de instrução, verificou-se que poucas eram de réus revéis, e nelas sempre esteve presente um defensor. O direito ao silêncio, ao menos formalmente, foi respeitado, e os réus foram informados deste direito pelo juiz antes de serem interrogados, embora nenhum deles tenha feito uso de tal direito. Todavia,[197] não existem dados disponíveis a respeito dos efeitos eventualmente prejudiciais à defesa decorrentes da ausência do réu ou do impacto do direito ao silêncio nas decisões judiciais, quando exercido.

Outros direitos que encontram obstáculos são o direito a responder ao processo em liberdade e à presunção de inocência. Mesmo havendo poucos dados sistematizados a respeito,[198] é possível afirmar haver indicativos de uso excessivo da prisão provisória no Brasil, representando cerca de 35% da população prisional brasileira.[199] Nas entrevistas com profissionais atuantes na defesa, a presunção de inocência foi o direito mais mencionado como mais importante, mais violado e maior carecedor de garantia do seu cumprimento. Pode-se constatar que a situação decorre, em parte, da fragilidade da fundamentação legal em muitas decisões de decretação de prisão preventiva, realizadas fora das hipóteses legais.[200]

Este problema poderia ser sensivelmente atenuado por meio da realização obrigatória de uma audiência de custódia, logo após a prisão em flagrante, o que não é previsto atualmente pela legislação brasileira. A apresentação do réu preso a um juiz imediatamente após sua prisão seria um meio eficaz de melhorar o controle da legalidade e necessidade da custódia provisória, além de viabilizar um efetivo diagnóstico e combate à prática de tortura e maus-tratos no momento da prisão.

Em relação aos principais direitos processuais a serem garantidos ao acusado, relatou-se nas entrevistas que, de maneira geral, para os operadores atuantes na fase policial, a integridade física do preso deve ser a preocupação central entre as garantias ao acusado. Entre os operadores atuantes na defesa, citou-se a presunção de inocência,

197 Como já explicado nos tópicos 3.3.2 e 3.3.4.

198 Conforme mencionado no item 3.3.1.

199 Em dezembro de 2012, a população prisional brasileira totalizava 548.003 pessoas, sendo 195.036 de presos provisórios. Dados completos disponíveis em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=&-params=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006=8-16B24-28407509DC7%D;&UIPartUID-%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D> (último acesso em julho de 2013).

200 Já detalhadas no item 3.3.1.c.

e entre os membros de Ministério Público e da Magistratura, que atuam na fase judicial, foi apontada a ampla defesa como preocupação central.

Esse padrão pode indicar relação das respostas fornecidas com situações concretas do dia-a-dia dos entrevistados, já que os direitos não eram nomeados pelo entrevistador quando da formulação da pergunta. Pode-se inferir que a prática de violência física contra presos ainda seja uma questão entre os profissionais da fase policial, assim como que a percepção dos profissionais de defesa é de haver pré-julgamentos tendenciosos dos acusados de crimes. Já para os promotores e juízes, o direito a defender-se de forma adequada e eficaz no decorrer do processo ainda é algo pelo que se deve lutar para garantir.

Deve ser também apontado que a quase totalidade das prisões decorre de flagrantes,[201] a demonstrar a pouca eficiência das investigações criminais. Foi relatada a crônica falta de investimento na polícia e a insuficiência de funcionários, dificultando perícias e exames de locais de crimes. Há o uso excessivo de provas testemunhais, de reconhecimentos pessoais dos acusados e de confissões obtidas de maneira, muitas vezes, obscuras. Frequentemente, as testemunhas ouvidas na fase policial resumem-se aos próprios policiais militares que efetuaram a prisão, e, por ser raro o acompanhamento desta etapa por um advogado de defesa, quando o procedimento alcança sua fase judicial, não são procuradas testemunhas de defesa e pouco mais se faz do que revalidar em juízo as mesmas declarações já colhidas pelo delegado de polícia.

Algumas percepções no campo[202] apontaram um forte discurso punitivista,[203] no qual se identifica a função do sistema de justiça com um dever de punição e de repressão do crime, exercendo o controle social. Há indicativos de apoio popular a essa linha de posicionamento.[204]

O sistema prisional padece de uma superlotação endêmica.[205] A carência de assistência jurídica e a natureza mista (judicial e administrativa) desta fase repercutem gravemente no acesso à defesa dos presos.

201 No Estado de São Paulo, 65% das prisões decorrem de flagrantes. Na capital (São Paulo), este percentual chega a 78%. A esse respeito, ver: <http://www.soudapaz.org/upload/pdf/justica_prisoesflagrante_pesquisa_web.pdf> e <http://institutoavantebrasil.com.br/o-efeito-mais-bombastico-da-nova-lei-de-prisoes-e-o-seguinte/> (último acesso em janeiro de 2014).

202 Em geral, com os entrevistados atuantes na polícia e no Ministério Público.

203 Como detalhado no item 6.

204 Especialmente em relação ao Ministério Público (a esse respeito, ver o item 6).

205 Segundo dados do Infopen, em dezembro de 2012 havia 548.003 presos no Brasil para 310.687 vagas. Dados disponíveis em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=&params=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-

Em grande medida, vários destes obstáculos ao exercício do direito de defesa poderiam ser superados por meio da reestruturação do modelo de Convênio de Assistência Judiciária celebrado entre a OAB e a Defensoria Pública, estabelecendo critérios mais claros de controle da atividade, incluindo a qualidade técnica das defesas, com total assistência e orientação aos conveniados. É igualmente imperativo fortalecer a Defensoria Pública, garantindo sua presença em todas as comarcas e com número suficiente de defensores, inclusive nos estabelecimentos prisionais.[206]

9. Recomendações

- Alteração do Código de Processo Penal, para incluir a obrigatoriedade da presença de um advogado ou defensor público durante o inquérito policial, especialmente no ato do interrogatório do investigado, assegurando desta forma o direito à defesa técnica em todas as fases da persecução penal.
- Alteração do Código de Processo Penal tornando obrigatório que juiz e defensor tenham contato com o réu logo no início do procedimento penal e não apenas no dia da audiência de instrução e julgamento, medida que deve ser acompanhada de um fortalecimento da estrutura da Defensoria Pública.
- Alteração do Código de Processo Penal para que se adote a audiência de custódia imediatamente após a prisão em flagrante, medida importante

4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D> (último acesso em setembro de 2013).

206 Importante destacar que a luta pelo fortalecimento da Defensoria Pública e sua expansão para todas as comarcas não deve afastar a atuação incisiva de organizações da sociedade civil que trabalhem pela efetividade do direito de defesa, tanto porque infelizmente o trabalho dos defensores, em grande parte, ainda é muito aquém do esperado e desejado, quanto porque o trabalho de assistência jurídica gratuita não pode nem deve ser exclusivo da Defensoria Pública. Deve-se, ademais, operacionalizar um esforço conjunto das autoridades envolvidas no processo para que haja o contato prévio e eficiente do acusado com seu Defensor, nos termos da Deliberação nº 246 de 23/03/2012 da Defensoria Pública (disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=39026&idModulo=5010>, último acesso em juho de 2013), de modo que o defensor tenha um encontro pessoal e reservado com o acusado em momento anterior à apresentação da resposta à acusação, podendo assim, realizar uma defesa efetiva, arrolando testemunhas, indicando provas que pretenda produzir e escolhendo teses de defesa consistentes. Para que isso aconteça os defensores públicos deveriam ser obrigados a se deslocarem às unidades prisionais e/ou requisitarem o preso para que seja levado à sua presença no Fórum onde está lotado. Desse modo, o interrogatório e mesmo a instrução ocorrida em audiência deixariam de ser atos meramente formais para se transformarem em instrumentos eficazes de defesa, pois o defensor conheceria a versão do acusado logo no início do processo e poderia construir suas estratégias de defesa com mais qualidade.

para coibir maus tratos e torturas e para reduzir possíveis ilegalidades no ato da prisão, evitando que se prolonguem situações de custódias desnecessárias e ilegais anteriores ao julgamento.

– Alteração do Código de Processo Penal para que se adote um modelo de carta de direitos, documento no qual constem todos os direitos processuais constitucionais e legais que devem ser assegurados aos acusados de crime, a ser entregue ao interessado antes do interrogatório policial e que essa carta de direitos adote linguagem acessível e não extremamente técnica e jurídica.

– Reestruturação do modelo de Convênio de Assistência Judiciária celebrado entre a OAB e a Defensoria Pública, estabelecendo-se critérios mais claros de controle da execução deste Convênio, que inclua a qualidade técnica das defesas, dando-lhes total assistência e orientação para realização de um trabalho técnico de qualidade.

– Ampliação e fortalecimento das Defensorias Públicas, para que esteja presente em todas as comarcas e com número suficiente de defensores públicos, inclusive nos estabelecimentos prisionais.

– Desenvolvimento de um sistema nacional de dados, com estatísticas criminais e informações sobre o sistema de justiça, a fim de possibilitar a elaboração de políticas públicas adequadas e viabilizar a análise crítica da sociedade civil a partir das informações disponibilizadas.

10. Bibliografia

Endereços eletrônicos consultados

Institucionais

Defensoria Pública do Estado de São Paulo
<www.defensoria.sp.gov.br>
Sindicato dos Advogados de São Paulo
<http://www.sasp.org.br/>
Associação dos advogados de São Paulo
<http://www.aasp.org.br/aasp/>
Associação dos Advogados Criminalistas do Estado de São Paulo
<http://www.acrimesp.com.br/>
Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil
<http://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>
Conselho Nacional de Justiça
<www.cnj.jus.br>
Polícia Civil de São Paulo
<http://www2.policiacivil.sp.gov.br/x2016/modules/mastop_publish/?tac=DECAP<
Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
<www.ibge.gov.br>

Fontes de dados

Relatório do uso do *habeas corpus* pela Defensoria (2012)
<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/0/RELAT%C3%93RIO%20 22112012%20vers%C3%A3o%20final%20sem%20revis%C3%A3o%20 23112012.pdf>
Relatório das unidades da Defensoria Pública do Estado de São Paulo - 2013
<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/0/Documentos/ Relat%C3%B3rio%20das%20unidades.pdf>
Dados gerais da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – 2012
<http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria>
Termo do Convênio de Assistência Judiciária
<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/0/documentos/ conv%C3%AAnios/antigoconveniodpeoab.pdf>
Pesquisa Instituto Ibope: pesquisa de opinião sobre o Ministério Público

<http://www2.ibope.com.br/calandrakbx/filesmng.nsf/Opiniao%20Publica/Downloads/Opp074_fev_04.pdf/$File/Opp074_fev_04.pdf>
Núcleo de Estudos da Violência: *Atitudes, Normas Culturais e Valores em relação à violência*
<http://www.nevusp.org/portugues/index.
php?option=com_content&task=view&id=64&Itemid=55>

Legislação consultada

Constituição Federal Brasileira de 1988
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>
Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689 de 1941)
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>
Lei da Prisão Temporária (Lei 7.960 de 1989)
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm>
Lei 12.830/13
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm>
Regimento interno do TJSP
<http://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoCriminal/PortalDeTrabalho/RegimentoInterno.pdf>
Código de Ética da Advocacia
<http://www.oab.org.br/Content/pdf/LegislacaoOab/codigodeetica.pdf>

Obras consultadas

Carvalho, J. M. de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

Fernandes, A. S.; GOMES FILHO, A. M.; GRINOVER, A. P.. *As nulidades no processo penal.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Ferreira Filho, R. R. (org). *Principais julgamentos do Supremo Tribunal Federal.* Salvador: Editora JusPODIVIM, 2012.

Marques, J. F.. *Elementos de direito processual penal.* Campinas: Millennium, 2000.

Noronha, E. M.. *Direito Penal – vol. 1.* São Paulo: Saraiva, 1988-1995.

Nucci, G. S.. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

Nucci, G. S... *Leis penais e processuais penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

Nucci, G. S.. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

Tourinho Filho, F. C.. *Processo Penal – volumes 1, 2, 3 e 4.* São Paulo: Saraiva, 2010.

Carolina Bernal
Uribe

CAPÍTULO 5. ANÁLISE POR PAÍS. COLÔMBIA[1]

1. Introdução

Neste capítulo, descrevemos o quadro normativo da defesa criminal na Colômbia e o comparamos com a maneira em que ela é exercida na prática. Para isso, fundamentamo-nos em cinco tipos de fontes: normatividade vigente, jurisprudência vigente, diagnósticos do desempenho do Sistema Nacional de Defensoria Pública (doravante, SNDP), entrevistas semiestruturadas com funcionários judiciais realizadas entre janeiro e abril de 2013 e também com pessoas processadas pelo sistema judicial, advogados do sistema público e advogados particulares, entre outros[2] e, finalmente, na resposta a uma petição dirigida à Defensoria do Povo.[3]

1 Este capítulo foi revisado por Miguel La Rota, pesquisador do Centro de Estudos de Direito, Justiça e Sociedade (Dejusticia), durante o estudo. O grupo de pesquisa foi formado por Carolina Bernal e Gina Cabarcas, do Dejusticia.

2 Para esta pesquisa, realizamos 55 entrevistas: 10 com policiais de vigilância (patrulheiros), 5 com agentes de polícia de alto escalão (principalmente comandantes de polícias metropolitanas e delegacias), 4 com investigadores da polícia judiciária, 5 com juízes de controle de garantias, 5 com juízes de conhecimento, 2 com coordenadores de unidades de reação imediata (URI) da Procuradoria, 4 com procuradores das URI, 7 a procuradores locais, 10 com defensores públicos e 5 com funcionários administrativos da Defensoria encarregados da seleção e avaliação dos defensores públicos.

3 Perguntamos à Defensoria do Povo sobre os orçamentos destinados à defesa pública, o número de defensores públicos (profissionais contratados e estudantes de escritório jurídico), carga de trabalho e remunerações dos defensores, número de investigadores e de assistentes do SNDP, características dos clientes do SNDP, medidas para garantir acessibilidade à defesa pública, reclamações sobre o trabalho dos defensores públicos, aperfeiçoamento dos defensores públicos e programas de defesa pública estabelecidos pelas autoridades indígenas. Recebemos respostas a todas as questões — como as apresentamos neste documento—, exceto as relativas às características dos usuários do serviço de defesa pública e às reclamações disciplinares sobre o trabalho dos defensores públicos. Segundo a

O documento tem seis partes. Na primeira, apresentamos as características gerais da Colômbia e uma descrição das particularidades do subsistema judicial penal. Na segunda, fazemos uma caracterização do serviço de defesa pública no país, que continua na terceira parte com uma descrição e uma análise crítica do quadro normativo a respeito dos seguintes direitos: (i) à informação no âmbito de um processo penal, (ii) à autodefesa, (iii) a garantias processuais e (iv) a que permitam a efetividade da defesa. Na quarte parte, examinamos a cultura profissional dos advogados defensores e, na quinta, descrevemos como tem sido o compromisso político ante a defesa em matéria penal. Terminamos com algumas conclusões e recomendações.

1.1 Informação sociodemográfica básica

A Colômbia tem uma superfície de mais de dois milhões de quilômetros quadrados e possui uma população aproximada de 48 milhões de pessoas.[4] Segundo o censo de 2005, 3,4% da população se identifica como indígena e 10,6% como afro-colombiana.[5] Por volta de 7% são pessoas com deficiência.[6]

Segundo a última medição do Banco Mundial, trata-se de um país de renda média, onde a população pobre representa 33% do total, e a extremamente pobre, 10%[7]. Em matéria de desigualdade, apesar dos avanços dos últimos anos[8], a Colômbia apresenta altos níveis de concentração de renda e de riqueza em relação a outros países da região. Enquanto a população mais rica (a qual está no decil 10) detém 35% da renda, a mais pobre (a dos decis 1 a 4) detém aproximadamente 13%[9]. Essas cifras deixam a Colômbia em uma posição pior do que a da média de países de América Latina, em que o decil 10 recebe 32% da renda, enquanto os decis 1 a 4, 15%[10].

Defensoria, esse tipo de informação não é coletada.

4 Departamento Nacional de Estatística, 2013a.

5 Departamento Nacional de Estatística, 2005.

6 Departamento Nacional de Estatística, 2008, p. 8.

7 Para os dados de pobreza e pobreza extrema, ver Departamento Nacional de Estatística 2013b.

8 Uma amostra da redução da desigualdade se encontra no índice de Gini por distribuição de renda, que, de 2010 a 2012, passou de 56,7 a 53,8. Assim, a Colômbia passou do terceiro país mais desigual na região para ocupar o sétimo lugar. Departamento Nacional de Estatística, 2013b.

9 Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe, 2012, p. 20.

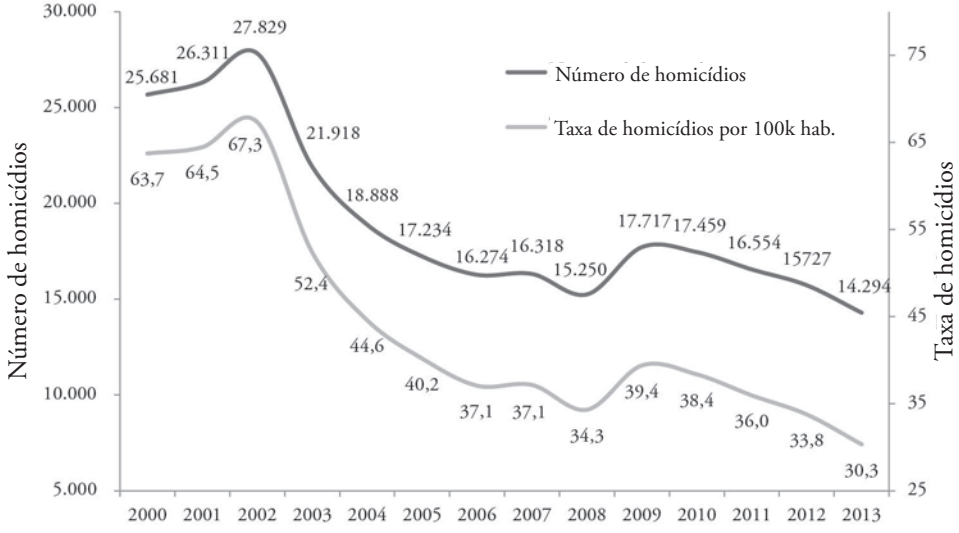
10 Os países da região com condição de desigualdade de renda piores do que a da Colômbia —onde a concentração da renda é maior na população mais rica e menor na mais pobre— são República Dominicana (39% *vs.* 11%), Guatemala (40% *vs.* 12%), Honduras (36% *vs.* 11%), Paraguai (38% *vs.* 12%) e Brasil (40% *vs.* 13%). Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe, 2012.

A Colômbia está dividida em 32 estados e, de acordo com sua Constituição, é um Estado social e democrático de direito, organizado em forma de República unitária, descentralizada e com autonomia de suas entidades territoriais[11].

1.2 Índices de criminalidade e situação carcerária

Devido, em parte, à situação de conflito interno e à realidade do negócio do narcotráfico no país, a criminalidade violenta na Colômbia é relativamente alta. Contudo, essa criminalidade vem baixando de maneira mais ou menos consistente desde 2001, como mostra a evolução da taxa de homicídios apresentada no gráfico 1. A partir de 2002, houve uma diminuição importante na taxa de homicídios de 67 para 30 homicídios

Gráfico 1
Homicídios dolosos na Colômbia, 2000-2013



Fonte: Dados de *Forensis*, Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciências Forenses.
Elaboração própria.

por cada 100 mil habitantes. Apesar de a redução ser importante, comparativamente continua sendo alta, pois se assemelha mais à média da taxa dos países da África do Sul, ou de alguns países da América Central, do que à dos da América do Sul[12].

11 Constituição Política da Colômbia, art. 1º.

12 A média da taxa de homicídios dos países da África do Sul é 30; a de alguns países da América Central: Guatemala (38), Belize (41), El Salvador (69), Honduras (91); América do Sul: a Venezuela (45) supera a Colômbia, mas o Brasil (21), Guiana (19), Equador (15), Argentina (3,4) ou Chile

Por sua vez, desde os anos noventa, a Colômbia tem aumentado sua taxa de encarceramento, que passou de 80 reclusos para cada 100 mil habitantes em 1993, para 231 em 2013[13]. Este aumento vem sendo acompanhado por um crescimento generalizado das penas[14] e da ampliação da capacidade carcerária a partir de 1998[15].

1.3 Caracterização do sistema penal

A partir da Lei 906 de 2004, a Colômbia iniciou a implementação de um sistema processual de tipo acusatório[16]. Contudo, a mudança constitucional vinha sendo elaborada desde 1991, quando a Assembleia Nacional Constituinte começou a discutir a necessidade de mudar o processo penal de um modelo inquisitivo para um acusatório, fundado em quatro princípios: (i) independência da Procuradoria Geral da Nação em relação ao Executivo, (ii) monopólio das funções de investigação e acusação sob responsabilidade do procurador-geral da nação e seus agentes, (iii) estabelecimento de um procedimento único para a investigação e o julgamento de delitos e (iv) igualdade de condições entre o órgão acusador e a defesa durante todas as etapas do processo[17]. No entanto, a reforma foi feita somente em 2004, após o sistema inquisitório da Lei 600 ter mostrado sua incapacidade para enfrentar a impunidade[18].

A transitoriedade da implementação do Sistema Acusatório (SA) faz com que atualmente estejam vigentes dois tipos de procedimentos penais: o sistema misto da Lei 600 de 2000, para os delitos cometidos até o dia 1º de janeiro de 2005, e o SA da Lei 906 de 2004, para a investigação e o julgamento de delitos ocorridos depois do dia 1º de janeiro de 2005. Neste texto, concentramo-nos principalmente na descrição e análise do quadro normativo do SA.

(3,2) estão abaixo da taxa colombiana; as da América do Norte continuam sendo mais baixas: México (23) e Estados Unidos (4,2); a da Europa Ocidental é de menos de 1. Para uma análise comparada, ver United Nations Office on Drugs and Crime, 2012.

13 Cálculos baseados em estatísticas do Instituto Penitenciário e Carcerário (Inpec), 2013.

14 A Lei 890 de 2004 é um exemplo claro desse endurecimento, visto que fez uma ampliação generalizada das penas para todos os delitos, aumentando em um terço a pena mínima e em 50% a pena máxima..

15 Em cumprimento da Sentença T-153 de 1998, ampliou-se a capacidade carcerária em 21.600 vagas. Mais sobre essa ampliação, ver Ariza, 2013.

16 A implementação foi gradual por cidades e fases. A primeira fase entrou em vigor em janeiro de 2005, e a última, em janeiro de 2008.

17 Assembleia Nacional Constituinte. Projeto de ato reformatório da Constituição n. 11. "Proposta de Estrutura do Sistema Acusatório". Hernando Londoño Jiménez. *Gaceta Constitucional*, 10.

18 Para uma descrição mais completa dessa mudança e dos antecedentes do sistema penal acusatório, Corporação Excelência na Justiça, 2010.

Na Colômbia, diferentemente de outros países, a Procuradoria Geral da Nação (doravante, PGN) faz parte do Judiciário. Para desenvolver suas funções, conta com o apoio do Instituto de Medicina Legal e Ciências Forenses (doravante, Medicina Legal), que oferece seus serviços forenses para a investigação. Além disso, conta com seu próprio corpo de polícia judiciária (Corpo Técnico de Investigação, CTI) e com a assistência de duas agências dedicadas à função de polícia judiciária dentro da Polícia Nacional: a Diretoria de Investigação Criminal e Interpol (DIJIN) e as unidades secionais de investigação criminal (Seccional de Investigação Criminal, SIJIN). A Lei 906 dispõe que a PGN deve cumprir funções de direção, coordenação, controle jurídico e verificação técnico-científica das atividades da polícia judiciária; trata-se, portanto, de uma relação de *direção funcional* [19].

Por outro lado, o papel do juiz no processo penal colombiano, como processo de partes, consiste fundamentalmente em receber as alegações das partes e definir, com base nelas, a verdade do caso. Para isso, o juiz tem o poder e o dever de controlar as atividades das partes e do público para garantir que não interfiram no desenvolvimento e na efetividade do processo[20].

1.4 O processo penal no âmbito do sistema acusatório

Desde o momento em que as autoridades tomam conhecimento da ocorrência de uma conduta delitiva até que se puna um responsável, podem ser identificadas três etapas: (i) a investigação, (ii) o julgamento e (iii) a execução da pena. A primeira não é uma etapa processual, mas sim exploratória e, por isso, o quadro normativo fixa um prazo amplo para se completar (de dois anos depois que a PGN conhece o fato)[21].

Durante a etapa de investigação, a Procuradoria tem poder para realizar a maioria dos atos necessários para reunir evidências físicas e material probatório. Contudo, depois de recolher a evidência, deve apresentá-la ao juiz de garantias para que certifique que a apreensão da prova foi compatível com o marco legal.

O processo penal propriamente dito se inicia com a formulação da denúncia[22] por parte da PGN. Esse ato anuncia ao acusado que existe uma investigação penal contra ele e inicia-se a etapa de julgamento. Esse ato ocorre quando "dos elementos

19 Sobre as relações de direção funcional entre os ministérios públicos e a polícia judiciária, ver Centro de Estudios de Justicia de las Américas (Ceja), 2010, p. 18.

20 Conselho Superior da Magistratura e Sistema Acusatório, 2005.

21 Código de Procedimento Penal, art. 175, §.

22 Código de Procedimento Penal, art. 286.

materiais probatórios, evidência física ou informação legalmente obtida, possa ser inferido racionalmente que o acusado é autor ou partícipe do delito que se investiga"[23]. Na audiência de imputação, o suspeito conta com o poder de negociar com a PGN para obter diminuição da pena, alguns benefícios ou, ainda, declarar-se inocente.

Se, durante a investigação, o indiciado não possuía conhecimento de que era objeto de investigação, a denúncia constitui um primeiro aviso formal de que pode começar a preparar sua defesa[24]. Entretanto, inclusive antes da denúncia, um juiz pode ordenar a prisão do indiciado em resposta à solicitação do procurador. Quando isso ocorre, na mesma audiência em que se formaliza a prisão, a PGN deve fazer a denúncia. A Procuradoria pode também solicitar a imposição de uma medida cautelar perante esse mesmo juiz. Depois disso, os demais atos processuais são perante um juiz de conhecimento. Tanto em casos de medidas cautelares quanto em casos de liberdade, o acusado deve esperar até a fase probatória da audiência de acusação para conhecer as provas que a PGN fará valer na audiência de julgamento oral.

Além de anunciar oficialmente ao indiciado a abertura de um processo penal contra ele, esse ato faz com que os prazos do processo penal comecem a valer[25]. Depois da imputação, a PGN tem um prazo de 90 dias —ou mais em casos complexos— para solicitar a acusação; se não o cumprir, o processo deve ser encerrado pelo juiz. Na audiência de acusação, ocorre a produção judicial das provas: tanto o PGN quanto a defesa apresentam as provas ao juiz —o qual deve determinar sua validade— e à contraparte. Aqui cada parte pode pedir à outra que revele toda a evidência e material físico probatório, inclusive aquele que seja favorável à contraparte que faz a solicitação da revelação. Enquanto a Procuradoria tem a obrigação de revelar a evidência que lhe solicitar a defesa, esta última poderia negar-se a fazê-lo quando considerar que a revelação poderia violar seu direito a não autoincriminação.

Na audiência de julgamento oral devem ser apresentadas todas as provas previamente descobertas na acusação. A partir delas, o juiz de conhecimento comunica o sentido da sentença e escuta as considerações das partes sobre a pena que será imposta, se a sentença é condenatória. Como explicaremos na seção 3.3.6, as pessoas condenadas têm o direito a impugnar as sentenças condenatórias em segunda instância.

23 *Ibid.,* art. 287.

24 *Ibid.,* art. 286.

25 La Rota e Bernal (2014) mostram que a etapa de investigação é o principal obstáculo para a judicialização dos delitos graves.

A vítima conta com poderes de, em ocasiões particulares, atuar diretamente no processo penal. Por exemplo, quando a PGN não solicita a imposição da medida cautelar, a vítima pode solicitá-la assim que a Procuradoria tiver explicado por que não o fez. Embora esses poderes não fizessem parte do desenho institucional inicial do sistema penal acusatório, desde antes de sua entrada em vigência, a Corte Constitucional tinha desenvolvido uma sólida jurisprudência segundo a qual a participação das vítimas no processo buscava a verdade e a realização da justiça material[26], além da reparação integral.

Finalmente, quando se conta com uma sentença condenatória, o condenado é enviado ao estabelecimento prisional ou a seu domicílio —se lhe tiver sido concedida a prisão domiciliar—. Nessa etapa, o processo passa ao juiz de penas e medidas alternativas.

2. Assistência legal

2.1 Estrutura e organização da defensoria pública

O serviço de assistência legal do Estado é administrado pela Defensoria do Povo. Formalmente, esta faz parte do Ministério Público[27] junto com a PGN e as procuradorias municipais,[28] e conta com autonomia administrativa e orçamentária.[29] Seu objetivo principal é impulsionar a proteção dos direitos humanos no âmbito do Estado social de direito promovido pela Constituição. Para isso, dispõe de defensorias delegadas em diferentes temas e de quatro diretorias nacionais, entre as quais está incluído o Sistema Nacional de Defensoria Pública (doravante, SNDP). Em termos internacionais, a Defensoria é o *ombudsman* colombiano.

Embora o gasto em defesa pública costume alcançar um pouco mais de 50% do orçamento total da Defensoria, é baixo se comparado com o orçamento geral

26 A Corte Constitucional ampliou os direitos e a participação das vítimas no processo penal por meio de sentenças como a C-293 de 1995, na qual revisou a constitucionalidade do artigo do Código de Procedimento Penal que regulava a constituição como parte civil no processo penal. As sentenças C-163 de 2000, C-1149 de 2001 e C-178 de 2002, entre outras, também ampliam os direitos das vítimas no processo penal.

27 O Ministério Público e a PGN são entidades cujos nomes correspondem aos das autoridades que em outros países investigam e buscam a judicialização de delitos. Na Colômbia, a entidade que desempenha essas funções é a PGN.

28 Constituição, art. 281.

29 Lei 24 de 1992, art. 1 (organização e funcionamento da Defensoria do Povo).

da nação. Para 2012, por exemplo, o orçamento total da Defensoria do Povo foi aproximadamente 140 milhões de dólares,[30] o que equivale a 0,17% do orçamento geral da nação.[31] A tabela 1 apresenta a evolução do total do orçamento do SNDP e sua relação com o orçamento geral da nação. Além disso, mostra como variou o número de defensores públicos, o que é um indicador claro da importância da política pública em termos dos recursos designados a ela.

Tabela 1
Evolução do orçamento da defensoria pública *versus* orçamento geral da nação e número de defensores públicos

	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Orçamento defensoria pública (milhões de dólares)	10,4	10,2	9,99	17,4	22,97	31,7	42,2	46	54,2	66,7	70,5
Defensoria/orçamento geral da nação (%)	0,03	0,03	0,02	0,04	0,04	0,05	0,06	0,06	0,07	0,09	0,08
Número de defensores	1.026	987	1.138	1.369	1.646	1.549	2.063	2.251	2.212	2.676	2.911

Fonte: Resposta a petição à Defensoria e leis do orçamento geral da nação. Elaboração própria com taxa de câmbio de COP 1.900 por dólar.

As verbas da defensoria pública não são destinadas exclusivamente à defesa de suspeitos ou processados em matéria penal. Além disso, o SNDP tem a responsabilidade de representar as vítimas em casos previstos pela legislação colombiana e serve de representante em casos ante as jurisdições civil, do trabalho e administrativa, entre outras funções.[32]

Com base no anteriormente dito, alguns estudos[33] argumentam que o aumento da carga de trabalho da Defensoria tem levado a que as verbas disponíveis resultem insuficientes para a defesa criminal visto que mal cobrem os honorários dos defensores

30 Isso equivale aproximadamente a 285 bilhões de pesos colombianos.

31 O orçamento geral da nação aumentou apara 165,3 bilhões de dólares para o ano 2012. Ministério da Fazenda e Crédito Público, 2012.

32 Até o momento, existem 10 programas de defensoria pública: 1. Penal ordinário, com o Sistema Acusatório e o Sistema Misto, 2. Responsabilidade Penal de Adolescentes, 3. Justiça Penal Militar, 4. Descongestionamento de Cárceres, 5. Cassação Penal, 6. Civil, 7. Família, 8. Trabalhista, 9. Administrativo, 10. Casas de justiça, 11. Gabinete Especial de Apoio, e 12. Indígenas. Além disso, as leis de Justiça e Paz (975 de 2005), de Infância e Adolescência (1.098 de 2006), Sobre formas de violência e discriminação contra as mulheres (1.257 de 2008) e de Vítimas e restituição de terras (1.448 de 2011) encarregaram o Sistema Nacional de Defensoria Pública da representação das vítimas no âmbito de cada uma delas.

33 Corporação Excelência na Justiça, 2010, p. 87.

e os gastos regulares da administração de serviços, sem permitir o investimento em melhorias do sistema.[34] A cooperação internacional desempenha, portanto, um papel fundamental no financiamento de certas atividades da defesa pública. Em particular, programas de capacitação e sensibilização financiados principalmente pelo Programa de Fortalecimento da Justiça, da Agência dos Estados Unidos para o Desenvolvimento Internacional (USAID) e pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento na Colômbia (PNUD).

2.2 O serviço de defesa pública

Para explicar o funcionamento do serviço de defesa pública, apresentamos primeiramente uma descrição crítica dos atores envolvidos (defensores e usuários); em seguida, analisamos como o serviço é oferecido.

2.2.1 Os defensores públicos

A partir de 2005, unicamente os advogados contratados como defensores públicos pelo SNDP, os formados em Direito que realizarem sua prática no SNDP e os estudantes de escritórios-modelo universitários de assistência jurídica [35] podem prestar os serviços de assistência e representação penal oferecidos pelo Estado. [36]

No caso dos não contratados, a atuação é feita sob a direção do SNPD,[37] por um período de nove meses improrrogáveis, durante os quais trabalham gratuitamente como defensores em matéria penal, civil, trabalhista ou contencioso-administrativa. Para ser admitida no SNDP, a pessoa interessada deve comprovar sua formação em

34 O orçamento da Defensoria do Povo destinado ao investimento tem sido baixo. Em 2005, quando representou a maior proporção, foi de 5% do total do orçamento da Defensoria do Povo; em 2006, 3%; em 2007 e 2008, 2%, e daí para frente tem diminuído constantemente até 1% ou menos. Defensoria do Povo, 2012.

35 Lei 941 de 2005, arts. 16 e 17.

36 Antes da Lei 941 de 2005, que organiza o SNDP, a assistência legal do Estado era oferecida tanto por defensores públicos contratados para isso pela Defensoria (assim como acontece atualmente) quanto por advogados. Estes últimos eram profissionais particulares designados para os casos nos quais o processado não podia contratar um advogado de confiança. Por disposição legal, tratava-se de um ofício de aceitação obrigatória, razão pela qual qualquer advogado devia atuar gratuitamente como defesa em mínimo três processos penais, independentemente da etapa em que o processo estivesse. Os resultados de uma avaliação realizada em 2003 pela mesma Defensoria do Povo sobre o serviço oferecido pelos defensores de oficio indicou sua baixa qualidade, justificando em boa medida o desaparecimento dessa figura. Defensoria do Povo, 2004.

37 Prestação do serviço de defesa pública por formados em direito que realizarem sua prática no SNDP. Defensoria do Povo, Resolução 1.003 de 2005.

Direito e o término de matérias, bem como submeter seu currículo à conferência do SNDP e apresentar-se para entrevista e/ou exame.

Os estudantes universitários são supervisionados pelo pessoal das faculdades de direito que tenham assinado convênios com a Defensoria do Povo. Em sua qualidade de defensores públicos, os estudantes podem prestar serviços tanto de assessoria quanto de representação judicial nos assuntos penais nos quais os juízes municipais atuem como juízes de conhecimento ou de garantias. Contudo, estão expressamente proibidos de atuar como representantes de vítimas e de coacusados com interesses opostos em um mesmo processo penal.[38]

A seguir, concentrar-nos-emos na apresentação do serviço por parte dos advogados contratados pelo SNDP como defensores. Eles são os que possuem poderes mais amplos no exercício da defesa e representam a maioria de defensores públicos.

A seleção de defensores públicos é realizada pelo SNDP, que submete à avaliação os aspirantes previamente inscritos no Registro Nacional de Defensores Públicos[39] para cobrirem as necessidades do serviço.

Para que uma pessoa possa aspirar a ser defensor público, deve ter uma pós-graduação em áreas diretamente relacionadas ao programa de defesa ao qual pretende pertencer (ou experiência no mesmo campo) e contar com experiência de, pelo menos, dois anos na área do programa ao qual se submete. Contudo, segundo os funcionários da Unidade de Registro e Seleção do SNDP, para as "áreas de tratamento especial",[40] afastadas dos principais centros urbanos e que podem enfrentar situações complicadas quanto à ordem pública, é difícil encontrar advogados que cumpram com os requisitos mencionados. Por essa razão, os requisitos são mais baixos para esses setores, pois prescindem da formação acadêmica. Embora seja compreensível o esforço para incentivar que mais advogados se somem à defensoria pública nas áreas mencionadas, isso poderia comprometer a qualidade da defesa em lugares que, por sua maior complexidade social, poderiam requerer justamente o contrário. Portanto, poderia ser mais adequado aplicar incentivos diferentes para fazer com que a oferta de defensores públicos para essas áreas seja suficiente; por exemplo, oferecer melhores honorários aos defensores que trabalhem lá.

38 Prestação do serviço de assistência legal e representação judicial para os estudantes de consultório jurídico. Defensoria do Povo, Resolução 713 de 2005.

39 Requisitos para aspirar ao cargo de defensor público. Disponível em: http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/00/inscripcion_registro.pdfAspdf. As áreas especializadas nas quais os defensores podem prestar o serviço de defesa pública são as mencionadas na nota de rodapé n. 239.

40 Para 2013, os estados do Amazonas, Caquetá, Guainía, Guaviare, Chocó, Vaupés, Vichada, San Andrés e Putumayo eram consideradas áreas de tratamento especial.

Após a avaliação dos candidatos, os selecionados são vinculados à Defensoria do Povo por contrato de prestação de serviços por períodos renováveis de um ano e recebem uma remuneração mensal de aproximadamente USD 1.970.[41] Embora esse valor não seja baixo em relação à renda média dos colombianos,[42] é inferior aos salários dos advogados particulares que atuam fora da Defensoria[43] e dos funcionários de status similar ao dos defensores.[44]

Desde o início da Defensoria do Povo, os defensores públicos têm sido contratados por contrato de prestação de serviços e não como funcionários públicos. Por isso, correspondem a trabalhadores independentes que podem atuar como advogados de confiança fora da Defensoria.[45] Por algumas das entrevistas, pudemos estabelecer que essa situação pode ser inconveniente na medida em que certos defensores aproveitam para transferir clientes da Defensoria para seus escritórios particulares. Contudo, não pudemos estabelecer qual é a dimensão desse fenômeno visto que não existem registros

41 Essa remuneração não varia em função da etapa ou carga laboral de cada defensor no mês. Os defensores do Gabinete Especial de Apoio contam com honorários superiores aos dos defensores em matéria penal, que são os que recebem USD 1.970 que mencionamos (equivalentes a COP 3.700.000). Defensoria do Povo, 2012.

42 De acordo com o Departamento Nacional de Estatística (Dane), o salário médio mensal dos trabalhadores do setor formal na Colômbia para o trimestre de abril-junho de 2013 foi de COP 1.409.000 (cerca de USD 725); o dos trabalhadores informais foi de COP 642.000 (cerca de USD 330); e o de todos trabalhadores formais e informais, de COP 1.030.102 (aproximadamente USD 530). *Portafolio*, 2013. Por sua vez, a média da renda de todos os trabalhadores em 2013 foi de cerca de COP 595.000, que equivalem a aproximadamente USD 306. *Revista Semana*, 2013.

43 Embora não existam estatísticas dos salários médios dos advogados particulares, a tarifa de honorários profissionais para 2012-2013 fixada pela Junta Diretiva Nacional da Associação Nacional de Advogados permite inferir que seriam maiores os rendimentos como advogado de defesa particular do que público. Um exemplo: segundo a tarifa de honorários, pela consulta oral em matéria penal, deve ser cobrado pelo menos um salário-mínimo mensal vigente (que em 2013 era de COP 589.500, aproximadamente USD 313). Assim, o salário de um advogado particular se igualaria ao de um público ao atender cinco consultas por mês; algo muito inferior à sua carga de trabalho real. Por outro lado, segundo os dados do sistema de informação do Observatório Laboral para a Educação, em 2011, os advogados com pós-graduação em direito penal ganhavam em média COP 4.019.000 (aproximadamente USD 2.140). De acordo com a resposta à petição, os honorários dos defensores públicos em 2011 eram iguais aos de 2012 (COP 3.700.000, aproximadamente USD 1.970). Com os descontos de lei que são aplicados aos trabalhadores com contrato de prestação de serviço, essa diferença é de cerca de COP 1.500.000 (aproximadamente USD 805).

44 Os defensores públicos recebem menos que os juízes e procuradores com competência sobre os mesmos casos. Os primeiros têm salários que variam entre COP 4.600.000 (aproximadamente USD 1.470) para os níveis mais baixos e COP 8.900.000 (aproximadamente USD 4.780) para os mais altos. Departamento Administrativo da Função Pública, decretos 1.035 e 1.024 de 2013.

45 Neste texto usamos de maneira intercambiável os termos "advogado/defensor de confiança" e "advogado/defensor particular" para fazer alusão à defesa técnica em matéria penal que é custeada de maneira pessoal pelo indiciado, processado ou condenado.

consolidados dos casos em que a mudança de um defensor público para um advogado particular não envolveu uma mudança na pessoa do advogado.

Esse fenômeno representa claramente um risco para as pessoas que precisam da defesa pública visto que poderiam ver-se obrigadas a custear sua defesa ainda quando não contem com recursos para isso. Diante desse cenário, a aplicação da norma que indica que se deveria pagar à Defensoria por seus serviços pode representar uma boa alternativa que, na prática, não é usada, como explicamos na seção 3.4.1. Adicionalmente, o problema revela a necessidade da implementação de um sistema de supervisão efetiva da atividade dos defensores públicos, como desenvolvemos na seção de recomendações.

2.2.2 Os usuários

As condições sob as quais potencialmente uma pessoa pode usar os serviços de defesa pública estão na lei que organiza o SNDP[46] e na Resolução da Defensoria do Povo[47] que a regulamenta. De uma leitura harmonizadora de ambas as normas, concluímos que há três situações (relacionadas abaixo) nas quais uma pessoa pode ser usuária dos serviços da defensoria pública.[48]

1. Quando não conta com as possibilidades sociais (como discriminação ou outra circunstância excludente) ou econômicas (como carência de recursos) para recorrer a um advogado particular. Segundo a Resolução mencionada, para determinar se a pessoa que solicita o serviço conta ou não com os recursos para assumir os custos de um processo judicial, deve-se levar em conta:[49] (i) a renda e os gastos da família, (ii) o patrimônio, (iii) o número de pessoas pelas quais é responsável, (iv) a profissão ou ofício de quem solicita o serviço, (v) a situação jurídica da moradia[50] e (vi) a classificação no Sistema de Identificação de Potenciais Beneficiários de programas sociais (Ibsen).
2. Quando não pode contratar um advogado por razões de força maior,[51] isto

46 Lei 941 de 2005.
47 Defensoria do Povo, Resolução 1.001 de 2005.
48 Lei 941 de 2005, art. 2°.
49 Defensoria do Povo, Resolução 1.001 de 2005, art. 1°.
50 Por exemplo, se se trata de moradia própria, em aluguel, hipotecada, entre outras situações.
51 Lei 941 de 2005, art. 43.

é, que os advogados particulares neguem a prestar seus serviços por motivos de segurança ou que, pela transcendência ou conotação dos fatos criminais para a sociedade, com análise prévia das circunstâncias especiais, a Defensoria determine a necessidade de designar um defensor público.[52]

3. Por necessidade no processo,[53] nos casos em que seja requerido reformular a imputação ou solicitar a imposição de medida cautelar e tenha uma declaração de pessoa ausente[54] ou de contumácia[55] no processo judicial.

Os três critérios têm em comum o fato de que reservam a atuação da defensoria pública a um papel subsidiário e residual visto que, a princípio, a defesa nos processos penais deve ser assumida por advogados particulares. Além disso, a possibilidade de ser beneficiado com os serviços da defesa pública não está condicionada pelo tipo de delito nem pela etapa em que os procedimentos penais se encontram já que o devido processo —que inclui o direito de defesa— é um direito fundamental e, portanto, de todos os cidadãos.

Nos casos em que os usuários carecem de meios econômicos para acessar a defesa técnica, a pública é completamente gratuita. Sob as outras duas condições de elegibilidade para o serviço, os usuários devem pagar à Defensoria o custo dos serviços.[56]

Para determinar se uma pessoa carece de recursos para arcar com sua própria defesa, os defensores fazem uma entrevista inicial na qual avaliam a capacidade econômica do usuário por meio de um procedimento rápido e sumário.[57] Se, durante o desenvolvimento da assistência legal, descobre-se que o usuário tinha capacidade econômica, há previsão legal de que o SNDF pode retirar o serviço.[58] Na prática, contudo, o exame de capacidade econômica não costuma ser feito com rigor e, por isso, é comum que a simples afirmação da necessidade por parte do solicitante do serviço seja suficiente para que o receba gratuitamente. A avaliação da situação do solicitante é reduzida ao preenchimento de um formulário de perguntas simples sobre sua renda e obrigações.

Segundo os defensores entrevistados, a urgência do serviço não permite que se realize nenhuma verificação da informação fornecida pelo solicitante. Contudo,

52 Resolução 1.001 de 2005, art. 7°.

53 Defensoria do Povo, Resolução 1.001 de 2005, art. 1º, inc. 1°.

54 Código de Procedimento Penal, art. 127. Ausência do acusado.

55 *Ibid.,* art. 291. Contumácia.

56 Defensoria do Povo, Resolução 1.001 de 2005, art. 8°.

57 *Ibid.,* art. 5°.

58 *Ibid.,* arts. 5° e 6°.

consideramos que poderiam ser usados métodos simples de conferência como os dos escritórios-modelo de algumas universidades que, por exemplo, pedem ao solicitante que disponibilize uma cópia de algum comprovante de residência (luz ou água, por exemplo) e, com ele, poder acessar informações sobre a moradia (sobre o "estrato de la vivenda", como se determina na Colômbia). Embora não se trate de uma prova definitiva, impõe um mínimo controle que pode ajudar a controlar gastos.

2.2.3 Prestação do serviço de defesa pública

A Defensoria Pública oferece cinco modalidades de serviço[59] em matéria penal: (i) assessoria, (ii) representação extrajudicial,[60] (iii) representação judicial, (iv) atividades de investigação criminal[61] e (v) atividades de criminalística e ciências forenses. A solicitação do serviço pode ser feita pelo usuário, por um terceiro interessado nele, pelo procurador, pelo juiz de garantias ou de conhecimento, ou pelo Ministério Público.

Os defensores públicos contam com independência para definir a estratégia de defesa. A Defensoria unicamente exerce dois tipos de controle sobre os trabalhos de defesa por meio de coordenadores administrativos e de gestão: (i) um formal, de conferência de condições mínimas de diligência no trabalho de defesa, como o comparecimento nas audiências e seu não adiamento, bem como revisão dos relatórios de gestão que os defensores públicos devem apresentar mensalmente para responder pelas atividades realizadas durante esse período; (ii) outro mais substancial, baseado na presença aleatória em algumas das audiências para verificar a qualidade da defesa.

Contudo, o controle dos coordenadores administrativos e de gestão enfrenta limitações importantes. Por definição, trata-se de uma supervisão de profissionais com independência (devido à sua condição de contratados) e que, por isso, têm liberdade para escolher a estratégia de defesa[62] (o que inclui a possibilidade de escolher permanecer calado como estratégia de defesa). Além disso, na prática, são poucos os casos em que os coordenadores de gestão podem realizar um controle substancial visto

59 *Ibid.,* art. 4°.

60 Esse serviço ocorre quando quem toma conhecimento de uma investigação penal em curso contra si outorga poder a um defensor público para que realize trabalhos de investigação que poderiam ser úteis em um eventual processo penal.

61 Esta é a atividade probatória realizada pela Unidade Operativa de Investigação Criminal (UOIC) do SNDP a fim de fundamentar a teoria do caso da defesa.

62 Sentença T-957 de 2006.

que isso costuma estar limitado a casos nos quais os coordenadores fazem substituições dos defensores em alguma audiência.

Por outro lado, a Defensoria impõe aos defensores públicos a obrigação de comparecer às "barras acadêmicas" (semelhante a um grupo de estudo de caso).[63] Este é um esforço mais claro e contínuo de aperfeiçoamento, e que tem sido celebrado desde o nascimento da defensoria pública. O objetivo desses grupos é dar aos defensores os elementos jurídicos necessários para a definição de estratégias de defesa.[64] Trata-se de reuniões semanais de atualização de conhecimentos em matéria de defesa criminal.[65] Os coordenadores acadêmicos,[66] que no final de 2012 eram 37, distribuídos em 19 das 36 regionais do país,[67] dirigem sessões de discussão de casos e de atualização jurisprudencial e doutrinária.[68] Segundo os funcionários entrevistados, a qualidade dessas reuniões é relativamente boa. Além disso, servem como outra forma de controle sobre o trabalho dos defensores, ao permitir-lhes compartilhar a estratégia adotada em seus casos.

Outras atividades e ferramentas de atualização, como a relatoria (uma publicação periódica sobre os pronunciamentos e principais precedentes das altas cortes) unem-se aos grupos: os grupos unificados, que consistem em reuniões de defensores de diferentes lugares do país; os descentralizados, que são reuniões também de caráter acadêmico nas regionais que não têm coordenador acadêmico,[69] e os cursos de extensão e demais atividades de aperfeiçoamento que são oferecidos pelo SNDP aos defensores.

Embora a percepção geral dos resultados dos grupos e dos programas de aperfeiçoamento do SNDP seja positiva, não existem avaliações de impacto sobre eles. Por essa razão, não é possível saber com certeza em que medida são úteis para garantir a qualidade da defesa pública.

A dúvida a respeito desse último aspecto se deve a uma lacuna importante nos conteúdos que costumam ser trabalhados nos grupos de estudo de caso, visto que se concentram na discussão da dogmática e procedimentos penais, e descuidam de temas como gestão eficiente de casos e aproveitamento da prova técnica. Os entrevistados

63 Lei 941 de 2005, arts. 40, 41 e 42.

64 Defensoria do Povo, 2013, p. 367.

65 *Ibid.,* p. 425.

66 Além de dirigir o trabalho nos grupos de estudo, os coordenadores implementam programas de aperfeiçoamento para os defensores.

67 Defensoria do Povo, 2013, p. 425.

68 Defensoria do Povo (s. d.), p. 66.

69 Os grupos de estudo de caso são realizados por funcionários dos gabinetes especiais de apoio, que são dependências do SNDP integradas por defensores públicos cujo trabalho inclui apoiar a formação dos defensores. Defensoria do Povo, 2013, p. 431.

confirmaram essa falha ao mencionarem a fragilidade dos defensores na gestão da prova técnica e na definição de critérios de priorização de casos. Além disso, os juízes entrevistados garantiram que às vezes os defensores se concentram exclusivamente nas discussões dogmáticas e processuais, e descuidam o debate probatório.

Um assunto importante para avaliar a provisão de defesa pública penal é sua prevalência sobre os serviços de assistência penal oferecidos por advogados particulares. Contudo, na Colômbia, não existem dados suficientemente completos que permitam dar uma resposta confiável a respeito. Por essa razão, além reconhecer a necessidade que o SNDP meça a cobertura de seu trabalho, apresentamos alguns cálculos que fazem uma aproximação ilustrativa do tamanho do serviço prestado pela Defensoria Pública.

Antes da entrada em vigor do SA, a Defensoria do Povo realizou estudos para avaliar que mudanças requereria a entrada em vigor do novo modelo processual. Segundo um desses estudos,[70] o serviço de defesa era assumido em 5% por defensores públicos, 82% por defensores de ofício e 13% por defensores particulares. Ao eliminar a defensoria de oficio, o desafio do SA consistia em fortalecer a defesa pública para que pudesse absorver a demanda por defesa gratuita que os defensores de ofício vinham assumindo. Esse estudo indicava que, para isso, era necessário aumentar o número de defensores públicos em 162% em 2005.[71] No entanto, como mostra a tabela 1, o número de defensores públicos em 2005 aumentou somente 20% em comparação ao ano anterior. De fato, nem sequer em 2011, quando seria razoável pensar que a demanda de defesa pública poderia ter aumentado junto ao crescimento das entradas no sistema,[72] o número de defensores públicos atingia 2.989, quantidade que o estudo de 2004 tinha estimado como necessários para 2005.

A Defensoria do Povo[73] indica que os 2.676 defensores públicos têm uma carga anual média de 64 casos, dos quais resulta um total de 171.264 casos atendidos em 2011. Contudo, essa média não indica adequadamente a carga laboral desses trabalhadores já que sua atuação nos casos pode variar, desde uma só atuação (comumente, a audiência de denúncia) até o acompanhamento durante todo o processo.

70 Universidad de Los Andes (Colômbia) e Instituto SER de Pesquisa, 2004.

71 De acordo com os cálculos da Universidad de Los Andes e do Instituto SER (2004), o número de defensores públicos de todo o país na entrada em vigor do Sistema Acusatório em 2005 devia ser de 2.989. Para 2004, o total de defensores era de 1.138. Esses cálculos foram feitos sob a hipótese de que o total de processos penais em 2004 fosse aproximadamente de um milhão.

72 De acordo com o Décimo Relatório do Defensor do Povo ao Congresso (2005, p. 80), o total de entradas no sistema penal em 2004 foi de cerca de um milhão. Em 2011, esse número tinha aumentado a um milhão cem mil, o que representa um aumento de 11%.

73 Defensoria do Povo, 2012.

O relatório *La defensoría* pública *en cifras* (s. d.) sinaliza que a participação dos defensores públicos é protagonista nas primeiras audiências do processo penal, em especial nas de denúncia. Durante o período 2005-2007, os defensores públicos atenderam 75% do total das audiências de denúncia.[74] Disso pode-se concluir que o trabalho desempenhado pela defensoria pública exerce um papel central para a defesa em um de seus momentos mais decisivos: a denúncia; no entanto, além disso, há um papel central para a defesa dos réus mais vulneráveis, pois uma porção importante dos casos que a defensoria pública assume refere-se à defesa de usuários privados da liberdade. A Defensoria[75] indica que, entre 2006 e 2012, em 61% dos casos designados a defensores públicos, a defesa iniciou com um indiciado preso.

3. Direitos legais e sua implementação

3.1 Direito à informação

A seguir, apresentaremos o quadro normativo do direito à informação dos indiciados ou processados, além de uma descrição de como é aplicado na prática.

A normatividade processual penal contempla a *denúncia*[76]como o momento em que a Procuradoria comunica formalmente um indiciado que realiza uma investigação penal contra ele, embora ainda não se tenha uma descoberta probatória. Para imputar, a PGN deve notificar o indiciado, citá-lo para audiência e dar-lhe a conhecer os delitos pelos quais se investiga e sua modalidade de cometimento. Assim, a denúncia constitui a primeira oportunidade do réu para estruturar sua defesa ante os fatos pelos quais se busca responsabiliza-lo.

Existem situações que podem ser apresentadas antes da imputação, nas quais as normas e as jurisprudências têm estabelecido a necessidade de que o indiciado receba informação sobre a investigação, de modo a resguardar seu direito de defesa. De um lado está a *prisão*, que independentemente do momento processual em que ocorra,

74 A diferença entre a porcentagem total de casos que a Defensoria Pública teria capacidade de assumir—aproximadamente 16% do total da demanda de assistência legal, assumindo que esta está representada pelo número de entradas no sistema penal— e os casos em etapa de audiência de denúncia que efetivamente assume —75% do total das imputações, segundo a Defensoria Pública em cifras (s. d.)— pode dever-se, de acordo com alguns defensores públicos entrevistados, a que seja frequente os usuários do serviço de defensoria pública mudarem apara defensores particulares depois de passadas as primeiras etapas do processo.

75 Defensoria do Povo, 2012. Ver tabela 2.

76 Lei 906 de 2004, arts. 286 e ss.

obriga que o preso seja informado sobre seus direitos. Estes incluem o direito a conhecer as razões da prisão, a se comunicar com alguém a respeito de sua prisão, a permanecer calado, a não depor contra si mesmo nem contra parentes próximos e a designar um advogado de confiança ou que o SNDP lhe designe um.[77] Na prática, essa informação costuma ser fornecida em espanhol visto que é o idioma falado pela Polícia Judiciária (quando a captura é por ordem judicial) ou pela Polícia de Vigilância (quando é em flagrante). Para realizar a comunicação dos direitos do preso, esses policiais contam com protocolos de captura em espanhol, os quais devem ser assinados pelos presos.

Segundo os juízes entrevistados, é relativamente comum que os réus não entendam a linguagem própria dos atos judiciais, as razões pelas quais foram presos nem os seus direitos. A linguagem jurídica e a lógica do processo penal são difíceis de compreender para algumas pessoas, em particular, para aquelas com níveis mais baixos de escolaridade. Embora não existam estatísticas da frequência com que os réus usam seu direito a permanecerem calados durante o processo, os funcionários entrevistados garantem que é uma prática relativamente frequente, justamente pela falta de compreensão geral de seus direitos.

No caso dos réus indígenas, os entrevistados sinalizaram que com frequência sabem espanhol, mas que costumam ter baixos níveis de escolaridade. Por isso, na maioria das vezes, encontram-se em situações semelhantes às de outros réus que mostram dificuldades para compreender os atos processuais mais por seu tecnicismo do que pelo idioma em que são realizados. Embora não constituam a maior parte dos casos, há situações nas quais os réus indígenas não falam espanhol. Como explicamos na seção 3.4.3, esse é um obstáculo importante para a evolução do processo penal visto que, apesar das disposições legais, os tribunais não contam com intérpretes que tornem a defesa dos indígenas efetiva.

Por outro lado, a Corte Constitucional sinaliza que, antes da denúncia e sem a prisão, o indiciado pode requerer determinadas informações para exercer seu direito de defesa. Em especial, quando tiver conhecimento de que está sendo investigado pela Procuradoria, teria dois poderes: (i) iniciar atos de coleta de informação por conta própria, para adiantar sua defesa no caso a ser acusado; (ii) comparecer com seu defensor nas audiências de controle posterior de legalidade das provas coletadas antes da denúncia. A respeito deste último ponto, a Corte esclareceu que, embora se mantenha a restrição ao acesso à informação por meio da reserva[78] ante certos temas,

77 Código de Procedimento Penal, art. 303.

78 *Ibid.,* art. 345. Situações nas quais há reserva sobre o descobrimento de provas.

esse poder do indiciado não compromete a eficácia da investigação penal visto que "uma coisa é que a autoridade pública não esteja obrigada a dar notificações sobre o momento no qual serão praticadas certas diligências —registros, mandado de busca e apreensão, interceptações etc.— e outra muito diferente seria que a pessoa que está sendo objeto dessas medidas não poderá controvertê-las oportunamente, não poderá exercer plena e livremente seu direito à defesa" (*tradução nossa*).[79]

Na prática, a possibilidade de o indiciado requer informação para começar a exercer seu direito de defesa parece ser usada raramente. Embora não exista um registro que informe de maneira direta a frequência com que ocorre, um fato sugere que, pelo menos para a defesa pública, isso acontece poucas vezes. O fato se deve a que, na maioria dos casos a designação dos defensores públicos (uma média de 61% de 2006 a 2012) se fez quando o usuário estava privado da liberdade, como mostramos na tabela 2. Nessa situação, segundo expressaram os defensores entrevistados, é mais comum que o preso não tenha adiantado nada a respeito de sua defesa antes da investigação.

Tabela 2
Designações com usuário privado da liberdade ao SNDF na Lei 906

Anos	Designações Lei 906	Designações com capturado	Capturado / Designação (%)
2006	34.984	17.744	51
2007	60.501	36.450	60
2008	78.857	52.040	66
2009	86.903	57.815	67
2010	89.596	53.789	60
2011	99.317	60.220	61
2012	86.143	48.603	56
	536.301	326.661	61

Fonte: Defensoria do Povo, 2012. Elaboração própria.

À medida que o processo penal avança, a obrigação de informar o réu se torna mais abrangente. Contudo, não é um dever informar-lhe constantemente os avanços da Procuradoria na investigação, mas somente fornecer informação em momentos específicos do processo. Quiçá o momento mais importante seja a *acusação*, quando a

79 Corte Constitucional, Sentença C-025 de 2009.

PGN deve revelar a evidência que levará a julgamento, o que inclui aquela que possa ser favorável ao acusado.[80]

Na prática, segundo alguns defensores, a Procuradoria nem sempre revela na acusação a evidência que poderia ser favorável ao acusado; não obstante, isso não é fácil controlar. Por exemplo, quando os presos são submetidos a exames que poderiam gerar provas para o processo penal —como o de detenção de rastros balísticos— antes que um advogado os assessore. Ainda que essa situação possa supor um obstáculo importante para a defesa, na prática, os defensores entrevistados não se preocupam como ela já que garantem que a solicitação de nulidade dos atos processuais funciona como salvo-conduto efetivo do direito de defesa nesse tipo de situações.

3.2 Direito à autodefesa

O direito de defesa está consagrado na Constituição como parte do devido processo[81] e está desenvolvido na legislação.[82] A jurisprudência colombiana distingue dois componentes do direito de defesa: a defesa material e a defesa técnica. Enquanto a primeira se refere à possibilidade de o indiciado/processado de se defender por si mesmo,[83] a segunda alude ao trabalho profissional de um advogado[84] que representa os interesses do defendido.[85] Ante a possibilidade de desacordos entre o que o advogado

80 A audiência preparatória (que ocorre antes do julgamento) supõe também uma oportunidade para o exercício do direito à informação visto que nela têm lugar as solicitações probatórias (Código de Procedimento Penal, art. 357) e a exibição dos materiais de prova (art. 358). Ambas são atividades que dão oportunidade à defesa de conhecer as cartas que a Procuradoria jogará contra o indiciado durante o julgamento.

81 CN, art. 29.

82 O artigo 8º do Código de Procedimento Penal traz uma lista dos poderes que inclui o direito de defesa. Esse direito também é desenvolvido pelos artigos 118 e seguintes do mesmo código. Para a defesa pública, ver Lei 941 de 2005, art. 4º.

83 O indiciado ou processado pode exercer o direito à defesa material, entre outras formas, por meio do exercício do direito a comparecer pessoalmente no processo, a enfrentar as acusações contra si, a fazer o próprio relato dos fatos, a fornecer explicações ou justificativas a seu favor, a exercer atos positivos de oposição às provas contra si, a ver o processo e a escolher permanecer calado. Suprema Corte de Justiça, Câmara Criminal, sentença de 1º de junho de 2006, processo 20.614.

84 A exigência de que a defesa técnica seja exercida por um advogado se encontra consagrada nos artigos 8º (literal e) e 118 do Código de Procedimento Penal. Como mencionamos, excepcionalmente essa defesa pode ser fornecida por um estudante de direito.

85 De acordo com Decreto 196 de 1971, o juiz podia designar um "cidadão honrado" como advogado no inquérito. A Lei 600 de 2000 eliminou essa possibilidade, exigindo que a defesa técnica fosse exercida por um advogado, que podia ser o próprio indiciado ou processado. Por sua vez, a Lei 906 de 2004 eliminou a possibilidade de autorrepresentação judicial.

e seu cliente consideram melhor para a estratégia de defesa, a legislação estabelece a primazia da defesa técnica.

Segundo os defensores entrevistados, embora o conflito de estratégias entre advogado e cliente seja relativamente raro, ocorre principalmente por diferenças na avaliação das probabilidades de sucesso em momentos processuais-chave; por exemplo, ao decidir sobre a aceitação da acusação ou sobre a conveniência de interpor o recurso de apelação.[86]

Durante a etapa investigativa, a assistência de um advogado é meramente uma faculdade.[87] No entanto, existem casos nos quais é obrigatória a assistência técnica, inclusive antes da denúncia, como na obtenção de provas como o interrogatório do indiciado,[88] a revista corporal,[89] a obtenção de amostras[90] ou o reconhecimento pessoal em fila de pessoas.[91] Em seguida, e a partir da denúncia, a assistência técnica é obrigatória[92] até o final do julgamento oral.

A escolha do advogado que exercerá a defesa técnica está condicionada por vários fatores. Na defesa de confiança, essa escolha depende das preferências e da capacidade econômica do investigado ou processado. Porém, na oferecida pelo Estado,

86 Contudo, essas diferenças valorativas parecem raras visto que, como mencionamos na seção 3.1, é comum que certos perfis de indiciados/processados (principalmente os de mais baixos níveis escolares) permaneçam calados ao não compreenderem as técnicas do processo. Nessas condições, são nulas as possibilidades de exercício do direito de defesa material, já que os indiciados/processados não contam com um entendimento básico do processo e acabam confiando cegamente nas estratégias de seus advogados.

87 O artigo 267 do Código de Procedimento Penal indica que "quem for informado ou advertido que se realiza investigação contra ele, *terá o direito de ser assessorado por advogado,* de identificar, coletar e embalar os elementos materiais probatórios e fazê-los examinar por peritos particulares para utilizá-los em sua defesa ante as autoridades judiciais". Do mesmo modo, o artigo 268 do Código de Procedimento Penal indica que "*o acusado ou seu defensor, durante a investigação, poderão* buscar, identificar empiricamente, coletar e embalar os elementos materiais probatórios e evidência física […]" (*tradução nossa, grifos nossos*).

88 Código de Procedimento Penal, artigo 282. "Interrogatório a indiciado. O procurador ou o agente da polícia judiciária […] que tiver motivos fundados […] para inferir que uma pessoa é autora ou partícipe da conduta que se investiga, sem fazer-lhe imputação alguma, ser-lhe-á dado a conhecer que tem o direito a permanecer calado e que não está obrigado a depor contra si mesmo […]. *Se o indiciado não fizer uso de seus direitos e manifestar seu desejo de depor, poderá ser interrogado na presença de um advogado*" (*tradução nossa, grifos nossos*).

89 Código de Procedimento Penal, art. 247. Inspeção corporal.

90 *Ibid.,* art. 249. Obtenção de amostras que envolvem o acusado.

91 *Ibid.,* art. 253. Reconhecimento pessoal em fila de pessoas.

92 O processado não pode renunciar, durante o caso, à assistência de um advogado para sua defesa. O artigo 8º, alínea l, do Código de Procedimento Penal, indica que ainda que o acusado renuncie a um julgamento público, deverá ter assistência de um advogado para que o silêncio não seja usado contra ele e para que seja informado devidamente dos crimes que lhe são imputados.

o coordenador administrativo e de gestão realiza a distribuição em cada unidade da defensoria pública por ordem alfabética, segundo os critérios de "eficiência, equidade e carga de trabalho".[93] Além disso, o coordenador avalia a complexidade dos casos e as habilidades e experiências dos defensores públicos para a investigação. Na prática, existem lugares (como as áreas de tratamento especial) onde a oferta de defensores é mais escassa. Como resultado, não somente há menor possibilidade de designar os casos de acordo com seu nível de complexidade, mas também de receber assistência de um defensor público. Após aceitar a designação, o advogado pode atuar sem necessidade de nenhuma formalidade para seu reconhecimento.[94]

A qualidade e a independência da defesa variam amplamente. Em particular, no caso dos defensores de confiança, pois enquanto existem medidas do SNDP para controlar a atuação dos defensores públicos, a maior parte da ação dos advogados particulares é avaliada somente por seus próprios clientes.

Assim, enquanto a Defensoria conta com um processo de seleção[95] de defensores que estabelece requisitos mínimos aos candidatos e avalia anualmente sua idoneidade —como explicamos na seção 2.2.1—, a seleção dos defensores particulares depende por completo do critério do cliente. Outrossim, enquanto a Defensoria faz um controle —ainda que seja principalmente formal— da atuação de seus defensores e promove a atualização profissional, ninguém, à exceção dos mesmos clientes, verifica o nível de atualização e diligência dos defensores de confiança.

Não obstante, tanto os defensores públicos quanto os particulares têm obrigações estabelecidas legalmente para garantir um mínimo de qualidade na defesa. Por exemplo, estão obrigados a assistir pessoalmente o imputado desde sua prisão, a preparar a defesa,[96] a controverter as provas, a não revelar informação do processo nem de seus clientes, a não manter a defesa de vários indiciados quando houver conflito de interesse ou as defesas forem incompatíveis, entre outras.[97] O descumprimento desses

93 Defensoria do Povo, Resolução 1.001 de 2005, art. 10. Distribuição de processos.

94 Código de Procedimento Penal, art. 120. Reconhecimento da designação como defensor público.

95 Não obstante, os métodos para garantir a qualidade de defensores públicos também apresentam falhas. O processo vigente de seleção e renovação de defensores públicos é um exemplo disso. Como constatamos ao presenciar algumas das etapas dele, a metodologia do exame oral, sem possibilidade de recursos contra seus resultados, gerou que, em 2013, fossem apresentadas centenas de recursos judiciais contra os resultados do processo; além disso, gerou a insatisfação dos próprios defensores que acharam impertinentes as perguntas da avaliação.

96 Apesar da relevância da investigação para o cumprimento do dever dos defensores de "preparar a defesa", essa atividade somente se encontra regularizada para a defesa pública (Lei 941 de 2005). No caso dos defensores particulares, essa atividade não conta com nenhum referente normativo.

97 As obrigações principais dos advogados defensores (públicos ou particulares) com seus defendidos

deveres, de algum daqueles gerais estabelecidos no Código Disciplinar do Advogado[98] ou pelo contrato de prestação de serviço —no caso dos defensores públicos—, pode levar a investigações disciplinares, administrativas, fiscais e penais.[99]

No caso dos processos disciplinares, as estatísticas do Conselho Superior da Judicatura não permitem identificar com precisão as violações do direito de defesa cometidas por advogados defensores. Isso ocorre porque os dados não diferenciam entre as faltas cometidas por advogados que atuam como defensores públicos ou como defensores particulares, nem por especialidade processual, mas sim somente entre funcionários judiciais e advogados particulares. Considerando que os defensores públicos são particulares com funções públicas, que costumam atuar como advogados particulares em casos distintos daqueles designados pelo SNDP e que, em ocasiões, trabalham em mais de uma especialidade, as estatísticas do Conselho Superior não permitem identificar quais das faltas e sanções descrevem o trabalho de defensores penais públicos ou particulares.

Ainda com as limitações mencionadas, apresentamos o balanço de faltas disciplinares e sanções impostas em 2012. De um total de aproximadamente 19 mil[100] advogados inscritos no Registro Nacional de Advogados, 687 foram sancionados por incorrer em 926 condutas proibidas pelo regime disciplinar. Contudo, essas condutas estão classificadas de forma tão geral que não é possível identificar os atos que poderiam afetar claramente o direito de defesa.

Para o período 2008 a 2012, iniciaram-se 377 trâmites perante o SNDP por supostos descumprimentos contratuais dos defensores públicos. No entanto, nenhum prosperou porque não foi possível demonstrar que as condutas constituíram efetivamente um descumprimento dos termos contratuais.[101] A Defensoria (2012) afirma que, em todo caso, muitas das reclamações culminaram em um chamado de atenção aos defensores para garantir que estivessem cumprindo com seus contratos.

A jurisprudência constitucional determina que nem todo ato reprovável do advogado defensor pode ser entendido como violação do direito de defesa. Isso somente acontece com atos que cumpram três condições:

encontram-se nos artigos 122 e 125 do Código de Procedimento Penal. Várias destas são retomadas pela Lei 941 de 2005 para os defensores públicos.

98 Lei 1.123 de 2007, Código Disciplinar do Advogado.

99 Lei 941 de 2005, art. 46.

100 Conselho Superior da Judicatura, 2011a.

101 Defensoria do Povo, 2012.

> (i) Que efetivamente sejam apresentadas falhas na defesa que, sob nenhuma perspectiva possível, possam estar contidas dentro da margem de liberdade com que conta o advogado para escolher a estratégia de defesa adequada […]. (ii) Que as mencionadas deficiências não sejam imputáveis ao processado ou não tenham resultado de seu propósito de evadir a ação da justiça […]. (iii) Que a falta de [da] defesa técnica esteja revestida de tal transcendência e magnitude que seja determinante para a decisão judicial respectiva, de maneira tal que possa ser afirmado que a falta percebida se configurou como a via para a decisão judicial e, em consequência, uma violação ao direito ao devido processo […] (*tradução nossa*).[102]

A legislação colombiana consagra disposições especiais para fazer efetivo o direito de defesa de certos grupos vulneráveis. Além das disposições gerais do SA, existem normas para atender às necessidades específicas dessas populações.[103] Para os adolescentes acusados da prática de delitos, o Código de Infância e Adolescência (Lei 1.098 de 2006) estabelece um procedimento especializado[104], no qual os indiciados ou processados têm direito à assistência de um defensor de família,[105] adicionalmente à assistência técnica de um advogado.[106]

Para os investigados que não se comunicam oralmente (surdos e surdos-mudos), bem como para os que não falam espanhol, o Código de Procedimento Penal (CPP)[107] dispõe que o Estado deve prestar gratuitamente a assistência de tradutores ou intérpretes.

Na prática, essas disposições nem são sempre efetivas para proteger o direito de defesa desses grupos populacionais. No caso dos grupos indígenas, por exemplo, vários dos funcionários judiciais entrevistados se mostraram alheios a conceitos como a "diversidade cultural" ou "cosmogonia diversa" e, por essa razão, às vezes desconhecem as necessidades de defesa próprias a esses grupos. Embora o SNDP tenha desenvolvido um guia de atenção a casos indígenas,[108] os defensores entrevistados reconheceram que poucos recorrem a ele. Outrossim, constatamos que a previsão de tradutores ou intérpretes para os que não podem expressar-se em espanhol não tem aplicação na prática (ver seção 3.4.3).

102 Sentença T-957 de 2006. Embora a jurisprudência da Corte Constitucional seja útil para proteger a independência dos defensores ao estruturar sua estratégia de defesa, na prática, dificulta as queixas que um indiciado/processado possa ter quanto às falhas no trabalho de seu defensor.

103 Lei 1.098 de 2006, art. 151. Direito ao devido processo e garantias processuais dos adolescentes.

104 *Ibid.,* art. 148. Caráter especializado do processo e da execução de medidas por responsabilidade penal de adolescentes.

105 *Ibid.,* art. 146. O defensor de família no sistema de responsabilidade penal de adolescentes.

106 *Ibid.,* art. 154. Direito de defesa.

107 Código de Procedimento Penal, art. 8º. Defesa.

108 Defensoria do Povo, 2011.

3.3 Direitos processuais

A seguir, descrevemos a consagração normativa de seis direitos processuais, os mecanismos estabelecidos para sua proteção e analisamos seu funcionamento na prática.

3.3.1 Direito a manter a liberdade durante o julgamento e questões relativas à prisão preventiva

A prevalência da liberdade está consagrada na Constituição[109] e na dogmática penal[110] como um princípio do Estado de Direito. Por isso, as disposições que permitem a privação da liberdade têm caráter excepcional[111] e estão restringidas a situações expressamente consagradas pela lei. O CPP consagra quatro situações nas quais a liberdade pode ser restringida: (i) a prisão excepcional por ordem da Procuradoria,[112] (ii) o flagrante,[113] (iii) a prisão para a imposição da medida cautelar privativa da liberdade —prisão preventiva[114]— e (iv) a prisão depois de conhecido o sentido da sentença.[115]

A interpretação dos requisitos para a privação da liberdade deve considerar a jurisprudência constitucional. Para o caso da prisão preventiva, essa Corte ressalta que a medida deve ter um caráter cautelar e excepcional, e que somente é compatível com o princípio de presunção de inocência quando não constitui uma forma antecipada de sanção, mas sim que pretende garantir (i) o comparecimento no processo dos supostos infratores da lei penal, (ii) a preservação da prova, (iii) a proteção da comunidade ou da vítima, a fim de impedir a continuação da atividade delitiva.[116]

109 Constituição Política, art. 28.

110 Código de Procedimento Penal, art. 2º.

111 *Ibid.,* arts. 295. Afirmação da liberdade e restrição do acusado de caráter excepcional, e 296.

112 *Ibid.,* art. 300. Prisão excepcional por ordem da Procuradoria.

113 *Ibid.,* art. 301. Situações nas quais se entende que há flagrante. O artigo 302 explica o procedimento nos casos de flagrante.

114 A prisão preventiva pode ser solicitada pelo procurador — ou pela vítima ou seu representante, quando não houver sido solicitada pela Procuradoria — para alguns delitos e quando se cumprir com os seguintes requisitos: (i) ter evidência para inferir razoavelmente que o acusado pode ser o autor ou partícipe do delito e (ii) que se cumpra algum dos seguintes fins cautelares: (a) evitar que o acusado obstrua o devido exercício da justiça; (b) proteger a segurança da sociedade ou da vítima; (c) garantir que o acusado compareça ao processo e cumpra com a sentença.

115 Desde que se conhece o sentido da sentença, o juiz pode ordenar a prisão do acusado ou deixá-lo em liberdade até a dosimetria da pena. Código de Procedimento Penal, art. 450.

116 Na sentença C-774 de 2001, a Corte analisou a constitucionalidade de uma lista dos delitos para os quais cabia a prisão preventiva. Embora tenha declarado constitucionais as normas demandadas,

Na prática, nem sempre essa lógica é seguida. Em termos quantitativos, a prisão preventiva não é a regra na Colômbia —entre 2005 e 2012, somente foi imposta em dois de cada dez casos nos quais houve denúncia. Contudo, usa-se de forma excessiva para alguns casos, principalmente os que chamam a atenção dos meios de comunicação. Segundo Bernal e La Rota (2013), isso se deve, em parte, à pressão que os funcionários sentem quando devem tomar decisões impopulares que os tornam vulneráveis ao ataque político e dos meios de comunicação. Diante dessa situação, as autoridades judiciais não contam com mecanismos suficientemente eficazes para proteger a independência de seus funcionários e, consequentemente, a liberdade dos acusados.

Por outro lado, a Constituição consagra o direito e a ação de habeas corpus como mecanismo para corrigir situações nas quais a privação da liberdade for produzida sem ter cumprido os requisitos legais ou constitucionais. Essa ação também é cabível quando, apesar de a prisão ter sido legal, tenha esgotado o prazo de sua duração sem que se tenha concedido a liberdade. Em ambos os casos, o juiz que conhece a ação tem até 36 horas para decidir. Segundo os entrevistados, essa ação é bastante efetiva na prática.

3.3.2 Direito a estar presente no julgamento

Como o processo penal colombiano é de tendência acusatória e contraditória, entende-se a presença do acusado no processo penal como uma das garantias do direito de defesa. Poderia pensar-se, então, que, ante a impossibilidade de informar a um indiciado que há uma investigação contra ele ou quando este decidir não comparecer, o processo deveria ser suspenso. Contudo, nem a Constituição nem as normas penais trazem um reconhecimento expresso do direito a estar presente no julgamento como parte do direito de defesa. Além disso, a Corte Constitucional reconhece que não se trata de um direito absoluto,[117] mas sim que lhe podem ser impostas exceções como a declaração de ausência do acusado (por impossibilidade para localizá-lo para que a

indicou que "para que proceda a detenção preventiva não somente é necessário que se cumpram os requisitos formais e substanciais […], mas também [que se] sustente [a] decisão na consideração das finalidades constitucionalmente admissíveis para esta" (*tradução nossa*). Ver também as sentenças C-150 de 1993, C-395 de 1994, C-327 de 1997 e C-425 de 1997.

117 Sentença C-5915.

denúncia fosse formulada ou para tomar alguma medida cautelar)[118] e a contumácia (por falta injustificada do acusado na audiência).[119]

Para a Corte Constitucional, essas figuras protegem as obrigações do Estado de dar continuidade e eficácia à administração de justiça e garantir a celeridade processual. São, portanto, formas de proteger ambos os interesses —os do processo oral de partes, por um lado, e os da efetividade da justiça, por outro— contanto que a aplicação dessas figuras cumpra com três condições. Primeira, que o procurador demonstre ao juiz de garantias que, efetivamente, foi impossível localizar o acusado, apesar de ter sido realizado grande esforço. Segunda, que os interesses do acusado estejam representados no processo, o que é possível por meio da presença de um advogado de confiança ou designado pelo SNDP.[120] Terceira, que, depois da denúncia, a Procuradoria continue tentando levar o acusado ao processo visto que, no momento da acusação, o juiz de conhecimento deve avaliar de novo se autoriza excepcionalmente o julgamento à revelia.[121] Uma salvaguarda adicional ao direito de defesa das pessoas ausentes é o padrão mais rigoroso de avaliação do trabalho desempenhado por seus defensores, imposto pela jurisprudência constitucional. Devido à maior dificuldade de defender uma pessoa ausente e ao risco de lesão ao direito de defesa, o advogado deve responder até por culpa levíssima em caso de falha em seu trabalho.[122]

Apesar da intenção da Corte de proteger o direito a estar presente no julgamento, na prática, essa salvaguarda é raramente usada. Segundo os funcionários entrevistados, isso pode ocorrer porque as queixas contra os defensores (públicos ou particulares) costumam ser interpostas pelos mesmos usuários que, como mencionamos, frequentemente não entendem a dinâmica do processo penal.

Para os processos penais contra menores de idade, o Código de Infância e Adolescência estabelece que está completamente proibido o julgamento à revelia.[123]

3.3.3 Direito à presunção de inocência

A presunção de inocência tem caráter constitucional. A Carta sinaliza que "[t]oda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que

118 Código de Procedimento Penal, art. 127. Ausência do acusado.

119 *Ibid.,* art. 291. Contumácia.

120 Sentença C-1154 de 2005.

121 Se não o fizer, o juiz deverá declarar nulidade do processo por violação ao devido processo.

122 Sentença T-957 de 2006.

123 Lei 1.098 de 2006, art. 158. Proibição de julgamento [de adolescentes] à revelia.

a sua culpabilidade tenha sido provada judicialmente" (*tradução nossa*).[124] O CPP desenvolve essa disposição acrescentando que quem é presumido inocente "deve ser tratado como tal". Por isso, atribui o ônus da prova à PGN e estabelece que o padrão probatório para proferir sentença condenatória é o de provar a responsabilidade "além de toda dúvida" (*tradução nossa*).[125]

Na prática, a ideia de que se deve tratar como inocente quem não tiver sido declarado culpado enfrenta um problema. Em certos casos, principalmente os mais relevantes para a opinião pública, os funcionários judiciais parecem solicitar/conceder a decretação da prisão preventiva por razões diferentes do que prevê a lei, por exemplo, para defender-se das pressões que seriam geradas por não fazê-lo (ver seção 3.3.1).[126] Quando a Procuradoria "prende para processar", como indicou um advogado em um caso de grande repercussão na mídia,[127] coloca o acusado em uma situação pior para exercer sua defesa do que quando estava em liberdade. Não apenas limita a defesa material, mas também se submete a pressões que afetam a paridade de armas. Em muitos desses casos, contudo, os processados acabam recuperando a liberdade pelo término dos prazos legais.[128]

Adicionalmente, existem casos nos quais os acusados privados da liberdade são presos junto com os condenados.[129]

3.3.4 Direito a permanecer calado

A Corte Constitucional indica que o direito a permanecer calado junto com o direito a não se autoincriminar constituem o núcleo essencial do direito ao devido processo. Enquanto o ônus da prova é da PGN, o silêncio é entendido como uma estratégia válida de defesa.[130]

124 Constituição Política, art. 29, inc. 4º.

125 Código de Procedimento Penal, art. 7º. Presunção de inocência e *in dubio pro reo*.

126 Sobre a presunção de inocência durante a detenção preventiva, ver Sentença C-289 de 2012.

127 *El Colombiano* 2011. Disponível em: http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/L/la_fiscalia_y_la_presuncion_de_inocencia/la_fiscalia_y_la_presuncion_de_inocencia.asp.

128 Em Bernal e La Rota (2013) apresentamos vários casos paradigmáticos por sua superexposição midiática. Na maioria deles, os processados recuperaram a liberdade pelo término dos prazos legais.

129 Na Sentença T-153 de 1998, a Corte Constitucional declarou a existência de um estado de coisas inconstitucional nos cárceres e indicou que o direito à presunção de inocência é violado quando os indiciados se misturam aos condenados. Sobre a persistência dessa situação, ver Universidad de Los Andes 2010, p. 28.

130 Sentenças C-782 de 2005 e C-621 de 1998. Embora na Constituição não apareça expressamente, tem sido entendido que o direito a permanecer calado está consagrado como parte do direito de

O CPP menciona três momentos nos quais protege o direito a permanecer calado. Em primeiro lugar, no interrogatório dos indiciados durante a etapa investigativa, antes da denúncia. Aqui, o legislador impôs à autoridade encarregada do interrogatório a responsabilidade de dar a conhecer ao interrogado seu direito a permanecer calado e a não depor contra si ou contra parentes próximos. Em segundo lugar, essa responsabilidade é imposta também aos que realizam a prisão.[131] E, em terceiro lugar, o Código indica que, ao ser instalado o julgamento oral, o juiz de conhecimento deve dar a conhecer ao acusado que conta com esse direito. Se o acusado permanecer calado, a lei indica que deve ser entendido como uma manifestação de inocência.[132]

Embora o indiciado ou processado possa renunciar ao direito de permanecer calado, o CPP impõe ao juiz de conhecimento a obrigação de "verificar se trata de uma decisão livre, consciente, voluntária, devidamente informada, assessorada pela defesa, para o qual será imprescindível o interrogatório pessoal do indiciado ou processado" (*tradução nossa*).[133] Outrossim, a Corte Constitucional esclareceu que quem quiser depor em seu próprio julgamento[134] deve fazê-lo na qualidade de testemunha e sob juramento, o qual não pode violar o direito de defesa. Nessa medida, não pode impedir a aplicação integral do direito à não autoincriminação.[135]

Os funcionários entrevistados mencionaram que, às vezes, o desconhecimento da utilidade das provas técnicas por parte de alguns defensores —tanto públicos quanto particulares— viola o direito dos processados a não se autoincriminar. Diversamente da PGN, que tem o dever de revelar toda a evidência que encontrar na investigação —inclusive a que favorecer a defesa—, a defesa tem o direito a revelar unicamente a que a favorecer. Contudo, alguns defensores não preparam com suficiente tempo as provas que apresentarão no julgamento ou não entendem o alcance destas, e levam às audiências material probatório contrário aos interesses do processado.

Ainda que não existam dados quantitativos para inferir a magnitude e a gravidade desse fenômeno, a prática sugere que, pelo menos no caso dos defensores públicos, falta fortalecer os sistemas de avaliação de sua atuação, pois erros como o mencionado demonstram que, pelo menos, para alguns deles, poderia ser necessário fortalecer o

todo indivíduo a não ser "[…] obrigado a depor contra si mesmo ou contra seu cônjuge, companheiro permanente ou parentes […]" (*tradução nossa*). Constituição Política, art. 33.

131 *Ibid.,* art. 303, n. 3. Direitos do capturado.

132 *Ibid.,* art. 367. Alegação inicial.

133 *Ibid.,* art. 131. Renúncia às garantias de permanecer calado e ao julgamento oral.

134 *Ibid.,* art. 394. Acusado e coacusado como testemunha.

135 Sentença C-782 de 2005.

domínio de métodos probatórios, reduzir a quantidade de processos de que cuidam para garantir a devida atenção de cada um deles[136] ou implementar programas de gerenciamento de casos para garantir que cada processo possa ser preparado com a antecedência devida.

3.3.5 Direito a que as decisões sejam motivadas

Embora esse direito não esteja reconhecido expressamente na Constituição, sua consagração em leis e sua função como garantia de outros direitos consagrados na Carta Magna —como o direito a recorrer das sentenças judiciais— permitem reconhecer, por via interpretativa, que está em vigor no ordenamento jurídico colombiano.

O CPP estabelece que os juízes devem "[m]otivar breve e adequadamente as medidas que afetem os direitos fundamentais do acusado e dos demais intervenientes" (*tradução nossa*).[137] Na medida em que o direito de defesa é um direito fundamental, os juízes são chamados a motivar as decisões contra as quais um indiciado ou processado poderia exercer seu direito de defesa. O mesmo Código prevê situações nas quais torna expressa a obrigação dos funcionários de fundamentar suas decisões, algumas vezes oralmente, outras por escrito. Entre outras, devem motivar os mandatos de prisão,[138] a denúncia,[139] da solicitação de decretação da medida cautelar,[140] da acusação[141] e da sentença.[142]

O direito a obter decisões motivadas pode ser efetivado por duas vias. Primeira, a nulidade de decisões judiciais,[143] quando a falta de motivação da decisão violar o direito de defesa ou o devido processo em aspectos substanciais. Segunda, a ação de tutela, quando se corroborar "a falta de motivação das decisões judiciais, entendendo aquela

136 A decisão de reduzir a carga de casos deveria ser precedida de um estudo que avaliasse a complexidade dos casos pelos quais os defensores públicos respondem e a eficiência com a qual trabalham neles. A carga média de casos por defensor público —64, segundo a Defensoria, 2012— não parece alta em relação à de outros atores do processo penal (por exemplo, os procuradores encarregados dos casos de homicídio, que costumam ter cargas de 600 casos em média, segundo La Rota e Bernal, 2014).

137 Código de Procedimento Penal, art. 139, n. 3. Deveres dos juízes no processo penal.

138 *Ibid.,* art. 298. Conteúdo e vigência do mandato de prisão.

139 *Ibid.,* art. 288. Conteúdo da formulação deda denúncia.

140 *Ibid.,* art. 306. Solicitação deda decretação de medida cautelar.

141 *Ibid.,* art. 337. Conteúdo da acusação e documentos anexos.

142 *Ibid.,* art. 446. Conteúdo da sentença.

143 *Ibid.,* art. 457.

como a ausência de sustentação argumentativa ou a irrelevância das considerações aplicadas para dirimir a controvérsia" (*tradução nossa*).[144]

É difícil estabelecer em que medida esse direito é garantido na prática visto que, além dos casos nos quais abertamente tomam-se decisões que afetam o direito de defesa sem motivação alguma —que pareciam ser raros—, poderiam ser apresentadas situações nas quais as motivações foram muito sucintas ou formais para garantir efetivamente o direito de defesa do processado.

3.3.6 Direito a recorrer e outros direitos processuais posteriores à sentença

O direito a impugnar as sentenças está estabelecido constitucional e legalmente. Os artigos 29 e 31 da Carta consagram que "quem for acusado tem direito a […] impugnar a sentença condenatória […]" e que "[t]oda sentença judicial poderá ser objeto de recurso ou revisão, salvo as exceções que a lei consagrar" (*tradução nossa*). Por sua vez, a Corte Constitucional sinaliza que esse direito está fortemente relacionado com o de obter decisões motivadas, já que é necessário conhecer a motivação das decisões para poder solicitar sua revisão.

Outrossim, a Constituição indica que o superior —que é o chamado a resolver o recurso de apelação— "não poderá agravar a pena imposta quando o condenado for o único recorrente" (*tradução nossa*).[145] Essa norma está disposta na Constituição como a expressão do princípio de proibição de agravar a situação do apelante condenado. Embora se referi exclusivamente à situação do processado, o CPP ampliou o alcance do princípio de tal forma que pudesse beneficiar qualquer das partes processuais.[146] A Corte Constitucional indicou que essa ampliação se adequava à Constituição por tratar-se de extensão da proteção e não de uma restrição. Além disso, porque, sob a ótica dos direitos das vítimas, é valioso que o princípio de *no reformatio in pejus* também as proteja.[147]

Seguindo a lógica de proteger os direitos das vítimas à verdade, à justiça e à reparação, o CPP ampliou também o direito a recorrer, não somente das sentenças condenatórias, mas também das absolutórias. De acordo com a Corte Constitucional,

144 Sentença T-709 de 2010.

145 Constituição Política, art. 31.

146 Essa ampliação obedece a que o artigo 20 do CPP diz que o juiz que resolver a apelação "não poderá agravar a situação do apelante único", enquanto a da Constituição unicamente se referia ao *condenado* que fosse apelante único.

147 A Corte sinaliza que "ampliar a garantia da […] *reformatio in pejus* constitui um meio para garantir em melhor medida os direitos da vítima à justiça, à verdade e à reparação […]" (*tradução nossa*). Sentença C-591 de 2005.

"a impugnação da sentença condenatória é um direito consagrado expressamente a favor do acusado na Constituição e em diversos instrumentos internacionais, [mas] não é menos certo que a possibilidade de recorrer da sentença absolutória é expressão de direitos de semelhante titularidade das vítimas e materialização do dever das autoridades de garantir uma ordem justa" (*tradução nossa*).[148]

De acordo com a Quarta Pesquisa sobre Percepção do Serviço de Administração de Justiça, o recurso contra sentenças em matéria penal (20%) é praticamente igual à da média de sentenças para todas as matérias (22%).[149] Também a média de sentenças reformadas do total das apeladas na matéria penal é de 2,4%, enquanto no restante de matérias, os juízes estimam que foram reformadas 4%. Isso quer dizer que a proporção das sentenças apeladas em processos penais (que é o processo judicial que afeta de forma mais intensa os direitos dos processados) é igual à proporção de apelações em outros processos que violam de forma menos intensa os direitos.

3.4 Direitos relativos à defesa efetiva

Nesta seção, descrevemos como estão previstos alguns direitos dos quais depende a efetividade da defesa e examinamos como funcionam na prática. Primeiro, para avaliar em que medida é efetivo o princípio da paridade de armas, apresentamos os direitos da defesa para realizar trabalhos investigativos. Em seguida, expomos algumas considerações sobre as condições —tempo e facilidades— para preparar a estratégia de defesa. Finalmente, explicamos como funcionam os direitos à tradução de procedimentos e documentos quando os indiciados ou processados não falam espanhol.

3.4.1 Princípio de paridade de armas e direitos da defesa na investigação

Embora a Constituição e a lei não o mencionem de forma direta, o princípio de paridade de armas tem sido entendido pela Corte Constitucional "[n]ão somente [como] a possibilidade de contestar a outra parte em igualdade de condições (princípio do julgamento justo ou equitativo), mas [também como] buscar a participação do acusado no processo, em condições que alterem o *desequilíbrio* entre os meios de que este dispõe e dos que o procurador ou acusador dispõe, os quais são claramente

148 Na sentença C-047 de 2006, a Corte Constitucional resolveu uma demanda de inconstitucionalidade contra a procedência da apelação em oposição a sentenças absolutórias.

149 Conselho Superior da Judicatura, 2011b.

superiores" (*tradução nossa*).[150] Assim, esse princípio é considerado pelo tribunal constitucional como uma parte essencial do direito de defesa e do devido processo.[151]

Nessa medida, a Corte indica que a atividade probatória é central para a efetividade desse princípio. Por sua vez, a evidência que apresenta cada parte é o resultado do exercício investigativo que realizou nas etapas anteriores à acusação. Por essa razão, a questão sobre os poderes da defesa na atividade investigativa está fortemente conectada à questão sobre a efetividade da paridade de armas no processo.

O ordenamento processual permite ao indiciado contar com uma defesa técnica desde o momento em que sabe que está sendo investigado. A partir disso e durante as fases subsequentes, conta também com faculdades para realizar tarefas investigativas[152] a fim de sustentar sua defesa. Em particular, o defendido ou seu defensor podem:

> (i) "buscar, identificar empiricamente, coletar e embalar os elementos materiais probatórios […]";[153] (ii) "solicitar ao juiz de garantias que exerça o controle sobre os atos que considerar que tenham afetado ou afetem seus direitos fundamentais";[154] (iii) "entrevistar pessoas para encontrar informação útil para a defesa";[155] (iv) "obter depoimento juramentado" ;[156] (v) "solicitar ao juiz de controle de garantias a prática antecipada de qualquer meio de prova, em casos de extrema necessidade e urgência" (*tradução nossa*).[157]

Embora os poderes de investigação da defesa —que, em geral, são os mesmos que os da Procuradoria— estejam estabelecidos no CPP, a maneira como podem ser exercidos está regulamentada principalmente para a defesa pública[158] e muito

150 Sentença T-1110 de 2005.

151 Sentença C-127 de 2011.

152 Para que os trabalhos investigativos da defesa sejam efetivos, o artigo 125, número 9 do CPP indica que "as entidades públicas e privadas, além dos particulares, prestarão a colaboração que requeiram, […] desde que se acredite […] que a informação será utilizada para efeitos judiciais".

153 Código de Procedimento Penal, art. 267. Poderes de quem não é acusado. Os artigos 268 a 270 do CPP estabelecem que o acusado ou seu defensor podem transferir os elementos probatórios materiais e a evidência física ao respectivo laboratório do Instituto Nacional de Medicina Legal, onde serão entregues mediante recibo com as perguntas que requerem que sejam respondidas por um perito, antes da investigação e da análise a que corresponda. Se o perito constatar que a evidência é idônea para ser analisada, procederá à investigação, análise e elaboração do laudo pericial.

154 Código de Procedimento Penal, art. 267, inc. 2º. Poderes de quem não é acusado. A Corte Constitucional indicou que não é necessário o controle de garantias de todos os atos investigativos da defesa, mas sim unicamente dos que possam afetar direitos fundamentais de terceiros. Sentença C-186 de 2008.

155 *Ibid.*, art. 271. Poderes da defesa para realizar entrevistas.

156 *Ibid.,* art. 272. Obtenção de depoimento juramentado por parte da defesa.

157 *Ibid.,* art. 274. Solicitação de prova antecipada por parte da defesa.

158 Lei 941 de 2005, art. 18. Investigadores, técnicos e auxiliares do SNDP.

escassamente para a particular.[159] Uma inovação do SNDP colombiano está em contar com um corpo de investigação criminal. A Lei 941 de 2005 criou a Unidade Operativa de Investigação Criminal (UOIC),[160] cujo objetivo é apoiar os trabalhos de defesa pública por meio da coleta de material probatório e da prestação de conceitos técnicos-científicos.

No caso da defesa particular, a lei estabelece que a Defensoria do Povo tem o poder "de regulamentar a remuneração dos serviços que possam prestar e cobrar a usuários e advogados particulares que o solicitarem" (*tradução nossa*),[161] de tal maneira que a defesa particular poderia usar os serviços de investigação da pública. Contudo, na prática, os funcionários do SNDP argumentam que, em razão de a Defensoria do Povo não ter feito uso de seu poder de regulamentar a cobrança desses serviços, não podem oferecer os serviços de investigação à defesa particular; enquanto essa regulamentação não existir, não é possível justificar o uso do recurso público para benefício privado. Em consequência, o trabalho da UOIC atualmente somente beneficia o trabalho da defesa pública.

Para realizar o trabalho de investigação da defesa, a UOIC possui uma equipe de investigadores, peritos e auxiliares que, segundo estimativas de seu coordenador, somam cerca de 190 funcionários no país.[162] Esses prestam seus serviços em 25 das 36 regionais da Defensoria do Povo. Os serviços periciais dessa unidade consistem em cinco laboratórios de provas técnicas,[163] que incluem três serviços de ciências forenses (medicina forense, psicologia jurídica e forense, e física forense) e oito disciplinas criminalísticas (balística, topografia, fotografia e vídeo, grafologia e documentologia, contabilidade e economia, lofoscopia, análise de informação e morfologia).

Embora a Defensoria tenha aumentado o número de profissionais dedicados aos trabalhos de investigação criminal, os investigadores e técnicos da UOIC são insuficientes comparados aos 6.900 investigadores do CTI.[164] Além disso, encontramos falhas organizacionais. O coordenador da UOIC afirma que a investigação da defesa enfrenta um problema de cultura institucional que faz com que os defensores geralmente

159 *Ibid.,* art. 36, § único.

160 *Ibid.,* art. 20, n. 4°.

161 *Ibid.,* art. 36, § único.

162 Para 2012, o número de servidores públicos a serviço da UIOC era de 150. Defensoria do Povo, 2013.

163 Os laboratórios estão localizados em Bogotá, Cali, Medellín, Cúcuta e Barranquilla.

164 Dado de 2010. PGN, 2011, p. 179. Além dos investigadores do CTI, a Procuradoria conta com os investigadores da polícia judiciária da Polícia Nacional, que são muitos mais que os do CTI.

não tirem proveito do recurso da prova técnica que a UOIC oferece. Por isso, em alguns casos, incorrem em autoincriminação por apresentar evidência desfavorável para seus clientes. Os investigadores da UOIC também relatam deficiências de capacitação e que as diretrizes da Defensoria sugerem uma desvalorização do trabalho da unidade e um desconhecimento da urgência das investigações, pois estabelecem procedimentos pouco céleres, que obstaculizam o trabalho investigativo.

Apesar disso, o Vigésimo Relatório do Defensor do Povo ao Congresso (Defensoria 2013) indica que, durante 2012, foram realizados cinco cursos de aperfeiçoamento para os funcionários da UOIC.[165] Essa sensação de divergência entre o afirmado pelos investigadores e o relatório ao congresso decorre de os aperfeiçoamentos, se realizados, não terem tido muita abrangência, relevância ou divulgação entre os mesmos operadores. Portanto, é de se esperar que seu impacto tenha sido pouco perceptível.

Apesar dessas dificuldades, o trabalho da UOIC é altamente valorizado por muitos funcionários do Judiciário e defensores públicos, os quais reconhecem que existe um problema claro de insuficiência de pessoal, mas que, em termos gerais, os investigadores da defesa desempenham um trabalho de boa qualidade. Segundo alguns dos investigadores, esses resultados poderiam decorrer, pelo menos parcialmente, aos salários dos investigadores da Defensoria serem melhores do que o dos investigadores da Procuradoria.

Depois da investigação e denúncia, o princípio de paridade de armas ganha importância na audiência de acusação.[166] Nesta, cada uma das partes deve revelar as evidências que pretende levar a julgamento. Como resposta, a contraparte pode pedir a exclusão de provas para as quais existam causas de nulidade,[167] incompetência, recusas ou impedimentos.[168-169]

Durante a etapa de julgamento oral, os poderes da defesa são os mesmos que os da PGN tendo em vista que o processado e seu defensor contam com atribuições para: (i) controverter provas, inclusive as antecipadas;[170] (ii) interrogar e contrainterrogar

165 Defensoria do Povo, 2013, pp. 412 e 413.

166 Código de Procedimento Penal, art. 337. Conteúdo da acusação e documentos anexos.

167 *Ibid.,* arts. 455 a 458. Causas taxativas de nulidade do processo penal.

168 *Ibid.,* art. 359. Exclusão, recusa e inadmissibilidade dos meios de prova.

169 Posteriormente, as partes também podem solicitar a revelação da evidência que não tiver sido mencionada na acusação por sua contraparte. Código de Procedimento Penal, art. 339. Trâmite da acusação.

170 Código de Procedimento Penal, art. 125, n. 4.

testemunhas e peritos,[171-172] e (iii) solicitar o comparecimento, ainda por meios coercitivos, de testemunhas e peritos.[173]

Do exame dos poderes constitucionais e legais da investigação e das possibilidades da defesa de contradição e impugnação das provas no julgamento oral, concluímos que o processo penal colombiano garante a paridade de armas. Contudo, esse equilíbrio não é tão claro na prática, especialmente a respeito da etapa investigativa.

Segundo os defensores, na etapa de investigação, é possível diferenciar entre a defesa de pessoas com e sem recursos econômicos. No segundo grupo, não somente se encontram os advogados da Defensoria Pública, mas também os advogados de confiança que representam indiciados com pouco dinheiro. De acordo com pessoas entrevistadas, as possibilidades de contar com bons meios para levantar informação na fase investigativa se reduzem na medida em que diminuem as possibilidades econômicas de investimento no serviço de defesa.

No caso dos representados por defensores públicos, a impossibilidade para assumir os custos da defesa é compensada, pelo menos em parte, com a existência de um próprio corpo de investigadores na Defensoria.[174] Contudo, as limitações investigativas da Defensoria Pública são evidentes. Por exemplo, em Bogotá, a cidade do país com a maior Defensoria Pública, essa entidade não conta com peritos psiquiatras.

Por outro lado, os defensores de confiança de indiciados com poucos recursos —embora não tão poucos como para usar os serviços da Defensoria— acabam sendo os se veem com menos possibilidades para realizar atividades de investigação. Essas pessoas não contam com a infraestrutura investigativa do SNDP nem podem contratar serviços investigativos particulares.

3.4.2 Direito a contar com tempo e condições adequadas para preparar a defesa

O defendido tem direito a "se comunicar reservadamente com seu defensor antes de comparecer perante as autoridades" (*tradução nossa*)[175] e a "[d]ispor de tempo razoável e

171 Os artigos 391 e 392 do CPP apresentam as regras para interrogar e contrainterrogar testemunhas em julgamento oral.

172 Código de Procedimento Penal, art. 125, n. 5.

173 *Ibid.,* n. 6.

174 Lei 941 de 2005, art. 36. Investigadores e técnicos do SNDP.

175 Defensoria do Povo, Resolução 1.001 de 2005, art. 11.

de meios adequados para a preparação da defesa" (*tradução nossa*).[176] Na prática, isso não costuma ser cumprido. Segundo vários defensores públicos, é frequente que tenham que representar em audiência pessoas presas com as quais tiveram apenas 15 minutos para conversar e estruturar a estratégia de defesa. Apesar de esse tempo ser muito curto para planejar uma estratégia, alguns dos defensores consideram que isso não seja um grande problema, já que ainda que ainda se contassem com mais tempo para essas audiências urgentes, nelas não fariam mais do que um trabalho básico de controle da legalidade dos atos, o que não impacta na estratégia de defesa que pode ser adotada mais adiante. Embora alguns trabalhos simples de defesa pudessem ser padronizados para serem mais eficientes, e alguns defensores não se preocupem com a falta de tempo para organizar uma estratégia de defesa - por simples que seja – essa é uma questão preocupante, e que se torna mais grave pela dificuldade de acesso aos centros de reclusão.

3.4.3 Direito à paridade de armas na inquirição das testemunhas

A legislação consagra o direito de os processados e indiciados a "inquirirem em audiência as testemunhas de acusação e a obterem o comparecimento […] de testemunhas ou peritos que possam esclarecer sobre os fatos objeto do debate" (*tradução nossa*).[177] Essa disposição supõe o estabelecimento da paridade de armas na inquirição das testemunhas, já que a defesa conta com o mesmo poder da Procuradoria para fazer comparecer em juízo os que tenham sido testemunhas. Não obstante, na prática, existem dificuldades para localizar as possíveis testemunhas e para obrigá-las a ir à audiência, o que dificulta essa garantia.

3.4.4 Direito a contar gratuitamente com intérpretes nas audiências e obter traduções dos processos

A legislação consagra que o investigado deve ser assistido gratuitamente por um tradutor no caso de não entender ou não se expressar no idioma oficial; ou de um intérprete no caso de pessoas com deficiência de audição ou fala.[178]

Na prática, essa garantia processual é meramente formal visto que não existem programas nem previsão orçamentária para o pagamento de intérpretes ou

176 Código de Procedimento Penal, art. 8, lits. *g* e *i*.

177 *Ibid.,* lit. *k*.

178 *Ibid.,* lit. *f*.

tradutores, nem para a tradução dos processos. Como consequência, é excepcional que o defendido conte com um tradutor ou intérprete. Ocorre unicamente quando o processado contrata seu próprio tradutor ou intérprete. Segundo indicaram os juízes entrevistados, nesses casos, os funcionários do Judiciário devem escolher entre encerrar o processo por estarem viciados de nulidade ou realizar o processo penal sem que os réus entendam por que a Procuradoria os acusa nem os termos em que é feita a acusação. Isso é particularmente problemático quando o delito supostamente cometido é de maior gravidade pois, nesses casos, é mais difícil para os funcionários tomarem a decisão de encerrar os processos (para evitar a nulidade superveniente) ou liberar as pessoas presas.

4. A cultura profissional dos advogados defensores

No âmbito do SA, o papel do advogado defensor é principal, pois, por se tratar de um processo de partes, o trâmite do processo depende da atuação do órgão acusador e da defesa. Em 2005, quando esse sistema foi introduzido no país, o recém-criado SNDP se apropriou dessa ideia e dedicou-se ao objetivo de capacitar seus funcionários a atingir o nível de atividade que o novo sistema exigia. Assim, a Defensoria Pública entendeu que seu papel dentro do processo penal implicava assumir "um exercício ativo da defesa, convertida em uma equipe técnica, científica e jurídica, capacitada para se dedicar a aspectos práticos da atividade processual, muitas vezes esquecidos na metodologia processual mista" (*tradução nossa*); igualmente, que seus funcionários deveriam "ser os primeiros garantidores e peticionários dos direitos de [dos] usuários [dos serviços do SNDP] desde o momento em que tomam o conhecimento do caso que lhe é designado, o que pode ocorrer depois de realizada a prisão" (*tradução nossa*), e durante o restante da investigação e do processo.[179] Consistentemente com esse entendimento, a Defensoria tem investido importantes recursos na capacitação dos defensores públicos, como mencionamos na seção 2, sobre assistência legal.

No caso dos defensores de confiança, é difícil generalizar qual é sua percepção sobre o próprio papel que assumem no processo penal. Contudo, de acordo com as entrevistas com defensores públicos e procuradores, a maioria dos advogados de confiança demorou mais tempo do que a Defensoria para entender o protagonismo que deveria assumir em um processo adversarial.

179 Defensoria do Povo, 2005, p. 8.

Embora os advogados defensores venham tendo mais clareza sobre seu papel no SA, isso nem sempre se reflete no exercício diário da defesa. Segundo as entrevistas com defensores públicos e alguns dos particulares, a escassez de recursos humanos e materiais, a excessiva carga de trabalho e a falta de entendimento da utilidade da prova técnica têm levado a que, em muitas situações, a estratégia de defesa seja reduzida a buscar defeitos na atividade investigativa e processual da Procuradoria ao invés de construir uma estratégia de defesa baseada em provas.

Outro dos fatores que costuma ter relevância na construção da própria imagem dos defensores são as associações profissionais de advogados (*bar association*). A Colômbia não conta com uma entidade que exerça as funções de regulamentação da profissão e que promova a concorrência, bem como estabeleça padrões éticos da maneira como costumam fazer as associações de advogados. Em seu lugar, há a Sala Disciplinar do Conselho Superior da Judicatura, que a partir do Poder Judiciário tramita os processos disciplinares contra advogados ou funcionários judiciais.

A qualidade do serviço de defesa pode variar amplamente entre os advogados públicos e particulares, bem como no interior desses grupos. Contudo, para garantir padrões mínimos, a Associação Disciplinar do Advogado consagra uma lista de deveres profissionais.[180] Além disso, como mencionamos na seção 3.2, o CPP também atribui aos advogados defensores em processos penais alguns deveres específicos.[181] Em caso de descumprimento dos deveres gerais de advogado ou dos específicos como defensor em matéria penal, podem ser interpostas queixas ante a Sala Disciplinar; no caso dos defensores públicos, é possível recorrer à própria Defensoria para que examine o caso e, eventualmente, aprove uma mudança de defensor.

5. Compromisso político com a defesa criminal efetiva

Um dos objetivos do SA foi tornar mais garantista o sistema penal. Para isso, foi criado o SNDP e feitas reformas focadas na prevalência da liberdade,[182] em particular no que se refere ao uso da prisão preventiva. Isso pode ser entendido como uma amostra de compromisso político com a efetividade da defesa criminal nos últimos anos.

180 Lei 1.123 de 2007, art. 28. Deveres dos advogados.

181 Código de Procedimento Penal, art. 125. Deveres e atribuições especiais. Ver nota de rodapé n. 304.

182 Corporação Excelência na Justiça, 2010.

Contudo, esse compromisso tem limites substanciais que se derivam principalmente de a defesa criminal ter que competir —em recursos e em atenção dos funcionários— com os direitos das vítimas. Desde a expedição das múltiplas leis sobre os direitos das vítimas,[183] a Defensoria Pública ficou encarregada de representar também as vítimas nos processos penais e nos pedidos de reparação. Segundo o último relatório da Defensoria do Povo ao Congresso, o SNDP exercia em 2012 a representação judicial de 250 mil vítimas.[184] Além disso, durante esse mesmo ano, atendeu outras 7.803 vítimas por meio de atos extrajudiciais de preparação de pedidos de reparação.[185]

Segundo defensores públicos e funcionários de alto escalão do SNDP, o aumento na carga de trabalho por causa da defesa das vítimas não esteve acompanhado de um aumento proporcional nos recursos do sistema. No entanto, uma revisão simples dos aumentos orçamentários entre 2002 e 2012 (tabela 3) não permite fazer afirmações conclusivas a esse respeito. Com a entrada em vigor das leis de vítimas (em 2005), foram realizados aumentos orçamentários que, em vários anos (2005, 2008, 2010, 2011 e 2012), foram percentualmente maiores aos aumentos na carga de trabalho do SNDP. Contudo, para avaliar adequadamente se os aumentos orçamentários do SNDP foram suficientes, fazem falta dados que não temos, como: quão dispendiosos são os casos sob a responsabilidade do SNDP ou quão grande era o déficit de recursos anterior aos aumentos orçamentários.

6. Conclusões

O exercício efetivo da defesa criminal na Colômbia enfrenta várias dificuldades. Essas, contudo, são mais práticas do que normativas, pois na revisão do marco jurídico do direito de defesa constatou-se que a maioria das disposições — com exceção provavelmente daquelas relativas ao uso da prisão preventiva ou das possibilidades de acolhimento dos benefícios da justiça negocial em alguns delitos— outorga à defesa a possibilidade de atuar em paridade de armas com a PGN. No entanto, na prática, apresentam-se inconvenientes de diferentes tipos

183 Essas leis incluem a 975 de 2005 e 1.592 de 2012 (de Justiça e Paz), 1.098 de 2006 (para vítimas menores de idade), 1.257 de 2008 (para mulheres vítimas de violência e discriminação), 1.448 de 2011 (para processos de restituição de terras e outros).

184 A grande maioria das vítimas representadas pelo SNDP é do Processo de Justiça e Paz. Defensoria do Povo, 2013, pp. 397-401.

185 Hoje chamados “incidentes de identificação de afetações”.

Tabela 3

Evolução do orçamento do SNDP *versus* mudança na carga de trabalho

	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Orçamento defesa pública (milhões de $ pesos colombianos)	19.892	19.362	18.974	32.970	43.642	60.240	80.232	87.493	102.936	126.677	133.894
Mudança orçamento (%)	…	-3	-2	74	32	38	33	9	18	23	6
Carga x defensor	41	61	50	40	56	75	73	89	98	102	100
Mudança carga (%)	…	50	-19	-19	40	35	-3	22	10	4	-2

Fonte: Cálculos próprios com informação da Defensoria do Povo, 2012.

que impedem que a defesa tenha o papel protagonista que se espera dela em um sistema acusatório. O anteriormente mencionado não significa que não existam em absoluto problemas de viés normativo, como, por exemplo, melhorias na proteção normativa dos direitos necessários para garantir a defesa efetiva. Podem-se identificar sete áreas nas quais esse tipo de problemas se apresenta.

Em primeiro lugar, existem problemas quanto ao momento em que aparece o direito de defesa. Embora a maioria das referências legais ao direito de defesa técnica sinalize que surge na denúncia, ou antes se houver prisão, uma interpretação sistemática da legislação e da jurisprudência constitucional permite concluir que esse direito emerge desde a etapa investigativa, visto que somente assim podem ser protegidos os direitos à paridade de armas e à defesa.[186]

Em segundo lugar, não se identificou nem avaliou adequadamente a demanda por defesa criminal. Com efeito, nos últimos dez anos, não se fez uma avaliação completa das necessidades do serviço de defesa criminal —nem do público nem do privado. Entre outras razões, isso se deve aos sistemas de informação do Conselho Superior da Judicatura, da PGN e do próprio SNDP não darem conta de aspectos essenciais do serviço de defesa, como: quem assume esses trabalhos (o SNDP ou os particulares)? Como é a qualidade desses serviços? Quem os solicita/utiliza? Qual é sua situação econômica? Que necessidades de defesa os diferentes grupos populacionais têm?

Esse tipo de falha impede a criação de políticas públicas devidamente fundamentadas em evidência empírica generalizável. Em particular, isso ocorre em questões básicas, como qual deve ser a equipe de defensores públicos e investigadores da defesa, ou como devem ser distribuídos os recursos humanos e materiais para responder adequadamente às necessidades do serviço.

Em terceiro lugar, em termos gerais, a assistência legal pública oferecida é percebida como um serviço de qualidade aceitável. A importância que o SNDP dá aos aperfeiçoamentos frequentes e ao sistema de grupos de estudo tem permitido a obtenção de resultados positivos. Graças a isso, o trabalho da defensoria pública goza de boa reputação entre os funcionários do Judiciário, e os defensores públicos costumam ter um alto sentimento de pertencimento à instituição.

No entanto, os defensores públicos indicam que seus trabalhos são afetados por fatores como remunerações muito baixas, condições laborais instáveis, excesso na carga de trabalho e falhas no controle sobre este. O sentimento a respeito

186 Sentença C-799 de 2005.

das remunerações é justificado se se considerar que os salários recebidos pelas outras partes do processo penal (procuradores e juízes) são significativamente mais altos do que os recebidos pelos defensores públicos, em especial, à medida que se sobem os escalões das carreiras jurídicas. Além disso, suas condições laborais são comparativamente piores (pelo menos, em termos de estabilidade) do que as dos juízes e procuradores, já que os contratos dos defensores públicos são de prestação de serviços e os daqueles, de trabalho.

Ao mesmo tempo, a possibilidade de os defensores assumirem casos fora da Defensoria, na qualidade de advogados particulares, tem gerado inconvenientes para o serviço de defesa pública. Por um lado, os advogados se sobrecarregam de trabalho para melhorar sua renda e, assim, dedicam menos tempo aos casos que a Defensoria lhe designa; por outro, poderia ser considerado um incentivo perverso já que, eventualmente, defensores públicos poderiam passar alguns casos designados pelo SNDP para seus escritórios particulares.[187]

Finalmente, esses problemas se somam aos frágeis mecanismos de controle da gestão com que o SNDP conta (reduzidos quase por completo a controles formais), que ainda são limitados pela ideia da independência profissional dos defensores decorrente de o vínculo profissional ser por contrato de prestação de serviços.

Em quarto lugar, a defesa pública tem menos recursos investigativos do que a PGN. Apesar de importantes esforços para dotar a Defensoria Pública de um corpo investigativo e de recursos humanos e materiais que lhe permitam efetivar o princípio da paridade de armas, ainda existem grandes diferenças entre os recursos de sua UOIC e os da Procuradoria. A desigualdade manifesta-se tanto em relação aos recursos humanos, por ser muito menor o número de investigadores, peritos e auxiliares do SNDP do que o da PGN, quanto na estrutura física, visto que a UOIC conta com menos laboratórios para análises técnicas. Essas diferenças afetam a qualidade do serviço de investigação para a defesa e impedem que a abrangência no território nacional seja suficiente.

Quando a defesa é assumida por advogados de confiança que representam indiciados ou processados com recursos não tão baixos para recorrer à defesa pública, mas não altos o bastante para escolher escritórios de advocacia de alto nível, a diferença de recursos e de capacidade logística perante a Procuradoria

187 Como mencionamos na seção 2.2.1, não conhecemos a magnitude desse fenômeno, mas entendemos que o mero fato de que possa ocorrer em alguns casos torna-o preocupante.

se torna muito maior. Nos casos em que a defesa é assumida por defensores públicos, a existência da UOIC oferece um respaldo institucional importante para o desenvolvimento das atividades de investigação.

Embora nas primeiras etapas do processo essas diferenças não pareçam muito profundas, posteriormente adquirem relevância no debate probatório, já que é aí que se põe à prova a paridade de armas. Um exemplo da diferença de recursos investigativos entre o SNDP e a Procuradoria é o fato de que, em muitos casos, a defesa se reduz a tentar encontrar defeitos na atuação da Procuradoria, ao invés de desenvolver ativamente estratégias defensivas baseadas em provas. Isso se deve não somente à desigualdade nos recursos investigativos, mas também, por vezes, ao desconhecimento ou mau aproveitamento das provas técnicas disponíveis por parte dos defensores públicos (que leva, às vezes, à autoincriminação de seus assistidos, por apresentarem material probatório desfavorável a eles).

Um quinto problema é a percepção de que o orçamento para a defesa pública é insuficiente. Várias das dificuldades do SNDP parecem resultar dessa insuficiência. Tanto para os defensores quanto para os investigadores, deve ser avaliada a necessidade de aumentar o pessoal —para reduzir a carga de trabalho por funcionário—, melhorar a estrutura física e fazer capacitações, por exemplo, sobre o uso da prova técnica.

Os recursos destinados ao SNDP devem ser distribuídos em atividades distintas da defesa em matéria penal (principalmente a representação de vítimas) e, ainda que os defensores do SNDP sintam que essa ampliação de responsabilidades não tenha estado acompanhada de um aumento proporcional nos recursos, a partir de cálculos simples, não é possível determinar se essa percepção é correta.

Sexto, existe um déficit acentuado de educação em direito. Tanto na defesa particular quanto na pública, essa falência afeta o direito de defesa. Isso se evidencia frequentemente na submissão dos defendidos à visão de seus defensores por não compreenderem a lógica ou o jargão do processo penal, fazendo com que, consequentemente, não consigam exercer seu direito à defesa material. Por isso, em muitas ocasiões, são incapazes de avaliar adequadamente o trabalho de defesa técnica desempenhada por seus defensores.

Finalmente, ainda não foram feitos os ajustes cabíveis para a defesa de populações em situação de vulnerabilidade. Desde sua criação, o SNDP está em dívida com essa tarefa. Particularmente, não foram implementados mecanismos efetivos para garantir o acesso à justiça das pessoas que se comunicam em idiomas ou linguagens diferentes do espanhol falado, como certos grupos indígenas ou

determinadas pessoas com deficiência. Além disso, não foram adotadas condições para o acesso ao serviço de defesa tanto pela população carcerária, a qual tem dificuldade para manter contato com seus defensores, quanto pelas pessoas que moram nas áreas mais afastadas dos principais centros urbanos, nas quais, muitas vezes, há escassez ou ausência de defensores públicos.

7. Recomendações

1. Incluir no marco normativo o desenvolvimento jurisprudencial pelo qual se entende que o direito de defesa surge inclusive antes da denúncia.[188] Isso é necessário para aumentar a segurança jurídica e a proteção do direito de defesa no marco normativo.

2. Adequar os sistemas de informação do SNDP, da PGN e do Conselho Superior da Judicatura, para que, a partir deles, possam ser identificadas as características da demanda por defesa criminal, a quantidade de usuários que requerem assistência gratuita e as necessidades desses usuários. Além disso, devem ser avaliados frequentemente[189] aspectos como: (i) a suficiência de recursos humanos, materiais, logísticos ou de outro tipo de SNDP; (ii) a possibilidade de melhora dos serviços do SNDP por meio do investimento de recursos econômicos adicionais e (iii) o equilíbrio em termos de relação custo-benefício de realizar os ajustes ao SNDP identificados como necessários, entre outros.

3. Avaliar a demanda por defesa gratuita. Isso é necessário para realizar os ajustes no corpo funcional de defensores, bem como na sua forma de contratação. Após determinar a proporção de casos nos quais se requerem os serviços do SNDP, deverá ser avaliado o número de defensores necessários para atender a essa demanda.

   Para essa análise, deve-se considerar: (i) que o SNDP está em mora em ajustar os salários dos defensores públicos para torná-los competitivos; (ii) o questionamento sobre a vinculação dos defensores por contratos de prestação de serviços ser positiva em termos de custo-be-

188 Sentença C-799 de 2005.

189 O estudo requerido poderia ser similar ao que fizeram a Universidad de Los Andes e o Instituto SER (2004), para a entrada em vigor do sistema acusatório.

nefício; (iii) que os problemas de carga laboral excessiva podem estar relacionados não somente à insuficiência de defensores, mas também a problemas de gestão ineficiente de casos.

Somente a partir de uma avaliação como a mencionada é possível estabelecer se o SNDP requer ajustes para aumentar a eficiência —e, consequentemente, poder responder satisfatoriamente à demanda de serviços de defesa pública com os recursos com os quais conta atualmente— ou se, pelo contrário, requer investimento de recursos. Ainda que não contemos com informação quantitativa suficiente para fazer uma recomendação conclusiva nesse sentido, parece que o serviço de defesa pública precisa de ambas as estratégias para responder adequadamente à demanda.

4. Igualar os recursos investigativos da PGN e da defesa. Para tornar efetiva a paridade de armas, é necessário insistir que a defesa deve contar com possibilidades investigativas equivalentes às da Procuradoria. Isso pressupõe que deva ser aumentada a equipe de investigadores, peritos e auxiliares do SNDP, que atualmente não corresponde nem a 3% da de investigadores do CTI da Procuradoria. Também é necessário fortalecer a infraestrutura do SNDP para conseguir provas técnicas, isto é, melhorar e criar os laboratórios de provas técnicas que faltam, e estender sua abrangência a mais municípios do país. Como este último ponto pode ser muito caro, é necessário agilizar as vias pelas quais se realizam destacamentos dos profissionais e serviços que não estão em todo o território, mas somente nas cidades principais.

   Considerando que a PGN tem o ônus da prova no processo penal, é recomendável que a UOIC se esforce para pensar a investigação criminal de modo mais estratégico e eficiente.[190] É necessário incluir nos programas de aperfeiçoamento de defensores públicos módulos sobre a utilidade das provas técnicas, visto que de nada serviria fortalecer a capacidade investigativa da UOIC se os defensores não sabem como tirar proveito do material coletado por essa unidade.

190 Embora seja certo que urge fortalecer a prova técnica para aumentar as possibilidades de defesa no SNDP, também deve-se considerar que, às vezes (principalmente quando se tem conhecimento de que o acervo probatório que a Procuradoria disponibilizará no processo é muito fraco), podem ser mais efetivas e menos caras as estratégias passivas de defesa.

Finalmente, é pertinente que a Defensoria do Povo regulamente a possibilidade de usuários particulares utilizarem os serviços de investigação do SNDP, já que existem indiciados ou processados que contratam os serviços de advogados particulares de baixo custo, com poucas possibilidades de coletar material probatório para o exercício da defesa.

5. Avaliar se é necessário ampliar o orçamento da Defensoria Pública. Como não é claro se o SNDP precisa de aumento em seus orçamentos de funcionamento e investimento, devem ser feitas avaliações mais profundas para determinar até que ponto o orçamento é insuficiente. Enquanto isso ocorre, podem ser implementados outros mecanismos que, com maior facilidade e prontidão, sejam idôneos para reduzir as carências orçamentárias.

   Em primeiro lugar, devem ser revistos os modelos de gestão de casos dos defensores e investigadores porque, embora os atuais não tenham sido avaliados sistematicamente, existem indícios de que poderiam apresentar problemas de eficiência.[191]

   Em segundo lugar, o SNDP poderia assegurar a captação de recursos adicionais aos que obtém por dotação orçamentária por meio da regulamentação de algumas de suas atividades. Em especial, a Defensoria deveria fazer uso de seus poderes[192] para criar mecanismos para cobrar por seus serviços de: (i) usuários que, apesar de serem merecedores do serviço de defesa oferecido pelo Estado, contam com capacidade de pagamento e (ii) quem conta com defesa particular, mas requer serviços de investigação da UOIC. Para isso, urge desenhar e implementar um mecanismo que facilite a identificação dos usuários com impossibilidade econômica real, calcule os custos da assessoria, representação legal ou serviços de investigação, e torne habitual a arrecadação de paga-

191 Como explicamos antes, esses problemas decorrem de fatores como: (i) atualmente a investigação e a defesa em geral não são pensadas de forma estratégica e, por isso, perdem efetividade; (ii) o SNDP não conseguiu identificar quem são as pessoas que realmente precisam de seus serviços de forma gratuita.

192 Poder de regulamentar o uso dos serviços de investigação da UOIC por parte de indiciados/processados ou defensores particulares (Lei 941 de 2005, art. 36, § único.). Poder de regulamentar a cobrança dos serviços de assessoria, defesa e investigação para os usuários do SNDP que contam com capacidade econômica para pagar pela defesa. Resolução 1.001 de 2005, art. 8.

mento pelos serviços de defesa pública ou investigação para a defesa por parte da UOIC.

6. Criar uma cultura da educação em direito. Ainda que não seja uma tarefa fácil, já que depende de processos mais amplos de melhora dos níveis de escolaridade da população geral, deve insistir-se que quem participa do processo penal (em especial, juízes e defensores) use uma linguagem simples e clara, e garantindo que os indiciados ou processados entendam tanto a lógica e a dinâmica do processo quanto as diferentes possibilidades de atuação dentro dele.

7. Fazer os ajustes cabíveis para garantir o direito de defesa de populações vulneráveis. O SNDP deve formular e implementar programas específicos, com recursos suficientes, para garantir que as pessoas que não falem espanhol tenham acesso gratuito e oportuno a tradutores e intérpretes. Além disso, deve adaptar os espaços de encontro dos acusados privados da liberdade com seus defensores.

   No caso do serviço de defesa para os que moram em municípios afastados, é necessário que o SNDP crie incentivos para que mais defensores públicos se desloquem a essas áreas. Ao invés de estabelecer requisitos menos exigentes para o exercício da defesa pública nas chamadas "áreas de tratamento especial", o SNDP deveria considerar oferecer melhor remuneração —ou outros incentivos— aos que exercerem trabalhos de assistência legal nesses lugares.

8. Bibliografia

Ariza, Libardo. "Jueces, cárceles y algunos remedios para la crisis". *Razón Pública,* 1º de abril de 2013. Disponível em: http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/3649-jueces-carceles-y-algunos-remedios-para-la-crisis.html.

Banco Mundial. "Gross national income per capita 2012, Atlas method and PPP". *World Development Indicators database,* 2013.

Bernal, Carolina e La Rota, Miguel. "Informe Colombia". *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú.* Washington, D.C.: Due Process of Law Foundation, 2013.

Câmara do Comércio de Bogotá. *Encuesta de percepción y victimización. Bogotá y sus localidades. Segundo semestre de 2012*. Bogotá: Câmara do Comércio de Bogotá, 2013.

Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Ceja. *Persecución de delitos complejos. Capacidades de los sistemas penales en América Latina.* Santiago do Chile: Ceja, 2010.

Comissão Econômica para América Latina e o Caribe, CEPAL. *Panorama social de América Latina*. Santiago do Chile: Nações Unidas, 2012.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*. Bogotá: CIDH, 1999.

Conselho Superior da Judicatura e Sistema Acusatório. "El rol de jueces y magistrados en el sistema penal acusatorio colombiano". *Programa de capacitación de jueces y magistrados*. Bogotá: USAID, 2005.

Conselho Superior da Judicatura, CSJ. "Diseño, aplicación, análisis y publicación de resultados de la Cuarta Encuesta de profundización, con representatividad por especialidad y distrito judicial sobre percepción del servicio de administración de justicia". *Informe final*. Bogotá: CSJ, 2011b.

Conselho Superior da Judicatura, CSJ. *Gaceta del Foro. Novedades del Registro Nacional de Abogados*. Bogotá: Unidade de Registro Nacional de Advogados, 2011a.

Corporação Excelência na Justiça. *Balance de los primeros cinco años de funcionamiento del sistema penal acusatorio en Colombia*. Bogotá: Kimpres, 2010.

Defensoria do Povo. *El defensor público en el sistema acusatorio colombiano.* Bogotá: Defensoria do Povo, 2005.

Defensoria do Povo. *Investigación defensa de oficio.* Bogotá: Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, 2004.

Defensoria do Povo. *La defensoría pública en cifras.* Bogotá: Defensoria do Povo, 2010.

Defensoria do Povo. *Protocolo para la atención especializada a grupos étnicos.* Bogotá: Defensoria delegada para indígenas e minorias étnicas, 2011.

Defensoria do Povo. *Respuesta a petición sobre información de asistencia jurídica y defensa pública,* Bogotá, 26 de novembro de 2012.

Defensoria do Povo. *Vigésimo informe anual del Defensor del Pueblo al Congreso de la República.* Bogotá: Imprensa Nacional da Colômbia, 2013.

Departamento Nacional de Estadística, DANE. *Reducción de la pobreza en Colombia. La base para lograr un país más justo.* Bogotá: DANE, 2013b.

Departamento Nacional de Estatística, Dane. *Identificación de las personas con discapacidad en los territorios desde el rediseño de registro*. Bogotá: Dane, 2008. Disponível em: http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/discapacidad/identificacion%20en%20los%20territorios.pdf.

Departamento Nacional de Estatística, Dane. *La visibilización estadística de los grupos étnicos colombianos*. Bogotá: DANE, 2005.

Departamento Nacional de Estatística, Dane. *Proyecciones nacionales y departamentales de población 2005-2020.* Bogotá: DANE, 2013a.

Granados, Jaime Enrique. "La Fiscalía y la presunción de inocencia". *El Colombiano,* 30 de abril de 2011. Disponível em: http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/L/la_fiscalia_y_la_presuncion_de_inocencia/la_fiscalia_y_la_presuncion_de_inocencia.asp.

Instituto Nacional Penitenciário e Carcerário, Inpec. *Informe estadístico*. Bogotá: Inpec, julho de 2013.

La Rota, Miguel e Bernal, Carolina. *Esfuerzos irracionales. Investigación penal del homicidio y otros delitos complejos*. Bogotá: Dejusticia, 2014.

Ministério da Fazenda e Crédito Público. *Comunicado de prensa 031: Presupuesto General de la Nación 2012: más empleo, menos pobreza y más seguridad con solidez fiscal*. Bogotá: Ministério da Fazenda e Crédito Público, 2012.

Portafolio. "Ingresos de los trabajadores informales crecen menos", 19 de agosto de 2013.

Procuradoria-Geral da Nação – Conselho Nacional de Polícia Judiciária. *Manual único de policía judicial*. Bogotá: PGN, 2006.

Procuradoria-Geral da Nação. *Anuario estadístico 2010 de la FGN.* Bogotá: PGN, 2011.

Revista Semana. "El 42% de los ocupados gana menos de mínimo", 13 de dezembro de 2013.

United Nations Office on Drugs and Crime, UNODC. *Intentional homicide, count and rate per 100.000 population (1995-2011)*. Vienna: United Nations Office on Drugs and Crime. Disponível em: http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/statistics/crime/Homicide_statistics2012.xls.

Universidad de Los Andes e Instituto SER de Investigación. *Plan operativo para la implementación de la reforma del sistema penal colombiano.* Bogotá: Uniandes e Instituto SER, 2004.

Universidad de Los Andes. *Situación carcelaria en Colombia. Informe Sombra presentado al CDH de las Naciones Unidas.* Bogotá: Uniandes, 2010.

Vox Populi. "Consejo Superior de la Judicatura sancionó 106 funcionarios judiciales y 687 abogados en 2012", 6 de fevereiro de 2013.

Juan Pablo
Muñoz Elías

CAPÍTULO 6. ANÁLISE POR PAÍS. GUATEMALA[1]

1. Introdução

1.1 Informação política e demográfica

A Guatemala se localiza no norte do istmo centro-americano. Tem uma extensão territorial de 108.889km^2. Divide-se em 8 regiões geográficas, 22 estados ou entidades político-administrativas e 338 governos municipais. A realidade da Guatemala é pluricultural, multiétnica e plurilíngue. Nela, coexistem quatro povos e falam-se 24 idiomas além do castelhano: o povo ladino representa 60,36% da população; o maia —que se subdivide em 22 etnias—, 39,45%; o garífuna 0,14% e o xinka, 0,05%.[2] Além de sua enorme diversidade, o país é altamente desigual e excludente: O índice Gini por renda familiar per capita é de 56,5% e o índice de desenvolvimento humano a situa muito abaixo da média latino-americana: no posto mundial 131 de 187.[3] A área populacional predominantemente indígena —área

1 Este capítulo foi revisado por Luis Rodolfo Ramírez García, Mario Avalos Quispal e Mario Ernesto Archila Ortiz, licenciados em Ciências Jurídicas e Sociais da Universidad de San Carlos de Guatemala (USAC).

2 Essas porcentagens correspondem aos dados do Censo Geral de População de 2002, realizado pelo Instituto Nacional de Estatística (INE). É necessário esclarecer que, pela força que o racismo tem nesse país, as porcentagens da população indígena, particularmente maia, podem elevar-se consideravelmente já que muitas pessoas não admitem publicamente sua identidade (PNUD, 2005).

3 PNUD, 2012. Consultado no portal do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Disponível em: http://desarrollohumano.org.gt/content/informe-nacional-de-desarrollo-humano-20112012.

ocidental, altiplano central e norte— possui os níveis de desenvolvimento humano mais baixos do território nacional.[4]

Estima-se[5] que a população para o ano 2013 era de 15.438.384 pessoas, das quais pelo menos 3.257.616 morariam na cidade capital e municípios conurbados, 7.535.238 (48,8%) do total seriam homens e 7.903.146 (51,2%), mulheres. É um país predominantemente jovem: em 2012, 41,6% da população era menor de 15 anos de idade e 20,2% tinham entre 15 e 24 anos.[6]

65,4% da população guatemalteca é economicamente ativa. A taxa de desemprego é de 2,9%; do total de empregados, somente 25,5% possui um emprego formal; o subemprego atinge 16,7% dos homens e 19,8% das mulheres. Entre as principais atividades nas quais a população se emprega ou subemprega estão a agricultura (32,3%), o comércio (29%) e o trabalho nas indústrias de manufatura (13,7%). Infelizmente, 19,2% das crianças na faixa etária de 7 a 14 anos são trabalhadoras[7] e somente 18,9% da população total têm algum acesso à segurança social.[8] Além disso, durante o ano 2012, foi o segundo país receptor de remessas na América Latina, com US$ 4,782 bilhões.[9]

1.2 Descrição geral do sistema de justiça criminal

Na Guatemala existe pluralismo jurídico. Além do sistema de justiça oficial, há outros de raízes ancestrais, legítimos e efetivos, aplicados nas comunidades indígenas por suas próprias autoridades. Lentamente, funcionárias e funcionários compreendem que os povos indígenas possuem seus próprios valores e concepções do mundo, o que inclui a visão do conflito e da justiça; também percebem que são incapazes de

4 PNUD, 2005. Os relatórios nacionais sobre desenvolvimento humano, realizados bianualmente pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento na Guatemala, sinalizam constantemente a precariedade em que vivem as famílias indígenas em um contexto social de exclusão, entendido como falta estrutural de oportunidades individuais e coletivas para o desenvolvimento. As primeiras nove edições podem ser consultadas em: http://www.desarrollohumano.org.gt/content/informes-del-desarrollo-humano.

5 Projeção sobre a base de dados do último Censo Geral de População, realizado pelo INE em 2002. Disponível em: http://www.ine.gob.gt/np/poblacion/index.htm.

6 PNUD, 2012, p. 225.

7 Resultados da Pesquisa Nacional de Emprego e Renda, realizada pelo INE em 2012. Disponível em: http://www.ine.gob.gt/np/enei/enei%202012/ENEI2012.htm.

8 Dados obtidos do relatório anual 2012 do Instituto Guatemalteco de Segurança Social. Disponível em: http://www.igssgt.org/#.

9 *Moneda. Periódico Financiero de Centroamérica*, 10 de junho de 2013, p. 5.

resolver todos os conflitos apresentados, enquanto as autoridades indígenas resolvem casos em menor tempo e com a participação da população.[10]

No que se refere ao sistema oficial, a reforma processual penal guatemalteca teve início em 1994, com a entrada em vigor do atual Código Processual Penal (CPP).[11] Simultaneamente, o Governo e a guerrilha realizavam negociações para finalizar o conflito armado interno que por décadas assolou o país. Um ponto fundamental dessas negociações foi o fortalecimento do poder civil, com ênfase no sistema de justiça criminal. Derivando da nova normativa e dos acordos de paz, erigiu-se a atual institucionalidade para dar resposta à nova proposta processual. Entre os grandes desafios nessa matéria estão:[12] garantia de acesso à justiça; resolução de casos em tempo razoável; confiança nas leis; respeito aos direitos humanos; eficácia na gestão administrativa.

1.3 Estrutura geral do sistema de justiça criminal e descrição do processo penal

O sistema guatemalteco de justiça criminal, sob a lógica do sistema acusatório, é composto por diferentes instituições, cada uma com funções específicas. O Órgão Judicial (OJ) é o organismo encarregado de administrar a justiça, conforme a Constituição Política da República da Guatemala (CPRG), e os valores e normas do ordenamento jurídico do país; desempenha um papel vital no que se relaciona com o direito de defesa: controla o respeito das garantias que os cidadãos têm.[13] Desde 2010-2011, as jurisdições penais funcionam por meio do "modelo de gestão por audiências", o que afasta o juiz das funções administrativas — entrega-as ao secretário do juízo— e permite-lhe dedicar-se exclusivamente a presidir as audiências com a ajuda de três unidades: a de registro de audiências, a de comunicação e a de atendimento ao público. A distribuição de casos, quando existe mais de um juízo de instância penal, realiza-se por meio de um ente especializado denominado "gestão penal". Atualmente está sendo discutida a possibilidade de se tornarem tribunais coletivos para que diferentes juízes conheçam diferentes casos simultaneamente com uma mesma equipe de suporte.

10 Quim, 2013.

11 Decreto 51/1992 do Congresso da República.

12 Ramírez, 2006.

13 Constituição Política da República da Guatemala, art. 203 e seguintes. Lei do Organismo Judicial (LOJ), art. 51. Decreto 2/1989 do Congresso da República da Guatemala.

O Ministério Público (MP) é uma instituição com funções autônomas. Promove a persecução penal e dirige a investigação nos delitos de ação pública; deve observar o princípio de objetividade, razão pela qual, apegado à legalidade, deve se abster de acusar pessoas cuja participação em um fato delitivo pareça duvidosa.[14] Essa entidade está organizada, em sua maior parte, conforme o denominado "modelo de gestão fiscal", implementado pela primeira vez em 2009, generalizando-se paulatinamente às procuradorias distritais e especiais em um processo que ainda não foi concluído. Segundo esse modelo, existe uma unidade de atenção ao público, responsável por descartar aquelas denúncias que não constituem delitos; se o forem, remete-as a: a) A Unidade de Pronta Decisão para adotar alternativas penais em casos de delitos menos graves ou b) a Unidade de Investigação para denúncias de delitos graves, que coordena a investigação penal e transfere os resultados à Unidade de Litígio, que buscará obter uma sentença condenatória no debate oral e público.

O Instituto da Defesa Pública Penal (IDPP) é o ente administrador do serviço público de defesa criminal para assistir gratuitamente pessoas de recursos econômicos escassos; possui autonomia funcional e independência técnica no cumprimento de sua função.[15] O Instituto Nacional de Ciências Forenses da Guatemala (Inacif) é uma instituição auxiliar da administração de justiça, que presta serviços de investigação científica de forma independente mediante a emissão de perícias técnico-científicas.[16]

A Polícia Nacional Civil (PNC) é uma instituição profissional armada que exerce funções relativas à prevenção do delito e atua como um organismo auxiliar do MP investigando os delitos de maneira subsidiária sob ordens dos procuradores. Para isso, conta com a Divisão Especializada em Investigação Criminal (Deic).[17]

14 Constituição Política da República, art. 251. Lei Orgânica do Ministério Público, art. 1. Decreto 40/1994 do Congresso da República da Guatemala.

15 A Constituição Política da República não preceitua a criação dessa instituição, mas ordena que a defesa da pessoa e de seus direitos seja inviolável (art. 12). Sua existência como entidade pública fundamenta-se no art. 1º da Lei do Serviço Público de Defesa Penal. Decreto 129/1997 do Congresso da República da Guatemala.

16 Assim como o IDPP, o INACIF se inspira no preceito constitucional do direito de defesa (art. 12) e cria-se mediante a legislação ordinária: Lei Orgânica do Instituto Nacional de Ciências Forenses da Guatemala, arts. 1° e 2°. Decreto 32/2006 do Congresso da República da Guatemala.

17 Essa entidade mudou múltiplas vezes de nome. Contudo, foi criada nos anos das ditaduras militares do século XX, razão pela qual, junto à instituição policial, tem carregado a imagem de entidade incompetente, repressiva e corrupta. Desde a assinatura dos acordos de paz em 1996, foram realizadas diferentes reengenharias dentro da polícia, destituindo-se agentes do mais alto escalão por seu envolvimento no crime organizado ou por violações graves dos direitos humanos dos cidadãos, sem,

Recentemente, criou-se a Direção-Geral de Investigação Criminal (Digicri),[18] que tem caráter civil —vinculada ao Ministério do Interior — e será a encarregada da investigação criminal em coordenação com o MP. Ainda não foi implementada.

O processo penal em suas diferentes etapas está regulamentado no CPP.[19] A forma típica de um processo penal se desenvolve por meio do denominado processo comum, porém existem também alguns outros ritos específicos. Para todos eles regem os princípios de legalidade, imediação, contraditório, celeridade, concentração, oralidade e economia.

O processo comum se divide em cinco etapas, nas quais deve prevalecer o respeito aos direitos e garantias que a pessoa tem, considerada inocente até o momento em que houver sentença condenatória transitada em julgado contra ela. A assistência técnica é obrigatória em todo momento, com a finalidade de conduzir a defesa e de verificar a legalidade do processo e a correção das decisões judiciais.

Inicia-se com a etapa preparatória, na qual o MP investiga fatos considerados delitos e a possível participação de pessoas apontadas como autoras. Para tanto, tem o auxílio da PNC. Nessa etapa, é crucial o controle do juiz criminal de primeira instância para garantir o devido processo durante a investigação.[20]

A seguinte etapa é a intermediária. Tem por objetivo a avaliação do juiz sobre a existência ou não de fundamento para submeter a pessoa a um julgamento oral e público, derivado da possibilidade de sua participação em um fato delitivo. Nela é realizada acusação formal e oferecimento das provas cabíveis. Pode concluir com a petição de abertura de julgamento ou com as figuras de encerramento provisório, extinção do processo ou arquivamento. Nessa etapa, a procuradoria volta a ser o ente acusador, e a judicatura, o controlador da legalidade da investigação.[21] Se tiver sido acusado formalmente e chegado à apresentação das provas, a fase culmina com a indicação do dia e da hora para o início da audiência de debate.

no entanto, obterem-se resultados definitivos em matéria de profissionalismo, visão democrática e transparência.

18 Lei da Direção-geral de Investigação Criminal, Decreto 15/2012 do Congresso da República da Guatemala.

19 Livro Segundo (procedimento comum, arts. 285 a 397) e Livro Quarto (procedimentos específicos, arts. 464 a 491).

20 A Corte de Constitucionalidade pronunciou-se a respeito do devido processo, como um direito que permite defender outros direitos. Gazeta 57, processo n. 272/2000, p. 121; Gazeta 59, processo n. 491/2000, p. 106, Sentença 16/6/2000; Gazeta 61, processo n. 551/2001, Sentença 9/9/2001; Gazeta 4, Processos acumulados n. 59/1987 e 70/1987, e outras. Edição comentada da Constituição Política da República, Corte de Constitucionalidade, agosto de 2002.

21 Código Processual Penal, art. 332. Decreto 51/1992 do Congresso da República da Guatemala.

Na etapa de julgamento, determina-se se o acusado é ou não responsável por cometer o delito do qual é acusado. Esta se realiza por meio do debate oral e público, e recebem-se as provas disponibilizadas pelo procurador e as outras partes do processo. Diferentes dos juízes de garantias, os debates se realizam perante juízes e tribunais de sentença. Os tribunais de sentença conhecem debates nos quais se julgam delitos de alto impacto (genocídios, delitos contra os deveres da humanidade, criminalidade organizada em qualquer de suas formas e outros), e os juízes de sentença, de forma unipessoal, o resto do rol de delitos. As julgadoras e os julgadores avaliam as provas empregando as regras da crítica sã justificada, e resolvem mediante sentença absolutória ou condenatória.

Posteriormente, as partes que a considerarem necessária poderão fazer uso da etapa de impugnações, por meio da qual fazem efetiva sua oposição às decisões judiciais —não só a sentença— que se desprendem do processo penal que sejam consideradas como ilegais ou injustas.

Finalmente, quando tiverem sido esgotados os recursos legais pertinentes, apresenta-se a etapa de execução. Seu objetivo é dar cumprimento à pena ou medida de segurança que se impôs ao condenado.

Existem também alguns procedimentos sui generis. Esses procedimentos possuem caraterísticas particulares para atender a casos especiais nos quais não é necessário seguir o processo penal comum, o que garante o princípio de celeridade processual. Entre eles, o "procedimento abreviado", procedente quando o MP considera suficiente a imposição de uma pena não maior de cinco anos ou uma pena não privativa de liberdade. Nesses casos, deve constar o acordo do acusado e de seu defensor, já que deverá se aceitar a participação no fato delitivo que gerou a acusação. Nesse procedimento, segue-se a mesma fase preparatória do processo comum; o procedimento abreviado deve ser solicitado pelo MP ao apresentar a acusação. Se o juiz de primeira instância o considerar procedente, dá seguimento e, na mesma audiência de etapa intermediária, a prova é recebida e avaliada, a sentença é emitida imediatamente.

Além disso, encontram-se no procedimento simplificado, o procedimento para delitos menos graves, o julgamento por delitos de ação penal privada, o julgamento por faltas e o julgamento para a aplicação exclusiva de medidas de segurança e correção. Esses procedimentos podem ser utilizados pela defesa para conseguir um tratamento mais justo e uma condenação mais leve para seu cliente.

1.4 O fenômeno da criminalidade e a resposta do Estado

A criminalidade afeta gravemente as guatemaltecas e os guatemaltecos, pelo alto grau de incidência e de violência com que se manifesta —particularmente preocupante pelo grau de participação de jovens, pelo alto número de mulheres agredidas e porque implica a existência do crime organizado, especialmente do narcotráfico, que penetrou inclusive em diversas instituições estatais.[22] As cifras anuais médias de homicídios diários, correspondentes a 2009-2012, são 42,32, 41,50, 38,61, 34,0. A taxa anual de mortes violentas por cada cem mil habitantes durante 2013 foi de 38,74.[23] Esses dados são considerados muito altos inclusive no âmbito latino-americano. É importante sublinhar que nos oito estados nos quais a população é predominantemente indígena a taxa anual foi de 13,53 para 2011, enquanto nos oito estados nos quais a população é predominantemente não indígena, foi de 75,49.[24]

Os meios de comunicação, a classe política e o Estado em geral procuraram uma abordagem ou resposta punitivista centrada no endurecimento de penas para certos delitos,[25] em detrimento de políticas sociais de prevenção e inclusive de procedimentos administrativos para seu tratamento. Segundo dados oficiais,[26] entre 2007 e 2011, as e os agentes oficiais detiveram um total de 197.876 pessoas, acusadas de cometerem um ou mais fatos delitivos. No mesmo período, o MP realizou um total de 57.500 acusações,[27] ou seja, 29,06% das pessoas detidas foram levadas a julgamento.

22 Derivada do alto grau de penetração do crime organizado nas instituições públicas, desde 2006 existe uma Comissão Internacional contra a impunidade na Guatemala, que foi pioneira na luta contra forças paralelas de segurança e organizações criminais capazes de gerar impunidade, e seu mandato vai até 2015. Suas notícias, memórias de trabalhos anuais e outros documentos podem ser consultados em: http://cicig.org/.

23 Dados oficiais contidos na Memória de trabalho do Ministério Público, 2012. O dado correspondente a 2013 provém do Instituto Nacional de Ciências Forenses (ver dados sobre mortes violentas anuais em: http://inacif.gob.gt/index.php?option=com_content&view=article&id=97&Itemid=18) e do INE.

24 Os estados com mais de 50% de população indígena segundo projeções do Instituto Nacional de Estatística são, por ordem: Totonicapán, Sololá, Quiché, Chimaltenango, Huehuetenango, Alta Verapaz, Baja Verapaz e Quetzaltenango. Os estados com menor população indígena são, em sua ordem: Zacapa, Jalapa, El Progreso, Jutiapa, Chiquimula, Escuintla, Guatemala, Retalhuleu. Quim, 2013.

25 Tanto o atual Presidente da República tanto o candidato opositor mais bem colocado nas eleições gerais (2011) basearam seu discurso político na pena de morte e na "mão dura" contra a delinquência.

26 Dados fornecidos pela Unidade de Informação Pública da PNC para este relatório, novembro de 2012.

27 Dados fornecidos pelo Ministério Público para este relatório, junho de 2013.

Segundo indica o MP, entre 2007 e 2012, os delitos que deram origem a autos de prisão preventiva foram os seguintes: assassinato (4.882), homicídios (983), violência contra a mulher (525),[28] roubo qualificado (823), estupro (217), porte ilegal de armas de fogo (216), crime de sequestro (216) e conspiração (124). De todas as medidas de coerção possíveis, de 2005 a 2011, a prisão preventiva ocupou 17,61%, 13,92%, 13,74%, 14,44%, 14,51%, 10,78% e 11,05%, respectivamente, isto é, uma média de 13,72%.[29]

A quantidade de pessoas privadas de liberdade durante os últimos 20 anos cresceu amplamente: em 1991, as pessoas privadas de liberdade (provisória ou definitivamente) eram 5.584; em 1996 eram 6.637; em 2001 eram 8.136; em 2006 eram 8.359; e em 2011 eram 12.623 —das quais 7,26% são mulheres. Isso demostra que em 20 anos aumentou em 126% (Samayoa, 2012). Além disso, para esse último ano, do total de detidas e detidos, 48,3% ainda não contavam com sentença transitada em julgado.

2. Assistência legal

O direito constitucional de defesa em matéria penal é válido a partir do momento em que uma pessoa entra em conflito com a lei penal, inclusive desde que se investiga por suspeita policial (se alguém considerar que está sendo investigado, pode recorrer às autoridades, que estão obrigadas a entregar-lhe a informação); estende-se durante todo o processo judicial, inclusive até a etapa de execução da sentença quando tiver sido de condenação.[30] Em todos esses momentos, a pessoa pode realizar por si mesma qualquer ação legal encaminhada à sua defesa, contanto que não prejudique a defesa técnica, exercida necessariamente por um ou mais advogados colegiados ativos que não estejam impedidos de litigar (por exemplo, funcionários públicos).[31]

É obrigatória a assistência técnica de um advogado de confiança do cidadão desde seu primeiro depoimento perante um juiz competente. Contudo, se não puder pagar

28 O número é alto, ainda que a lei específica que regulamenta este tipo de delito contra as mulheres seja do ano 2008.

29 Observatório de Justiça Penal, Instituto de Estudos Comparados em Ciências Penais. Monitoramento permanente da instituição mediante solicitações de informação pública ao Ministério Público.

30 CPRG, arts. 8° e 12.

31 CPP, art. 92. Somente um advogado pode exercer seu próprio direito material e representar-se a si mesmo em matéria de defesa técnica ao mesmo tempo. Dois juízes criminais foram questionados sobre a conveniência de que se deva haver sempre um profissional do direito e, em ambos os casos, reafirmou-se que sim. A razão para isso é a garantia de que todos os outros direitos envolvidos ficam salvaguardados por uma pessoa que se dedica a isso.

um por carecer de meios econômicos ou porque não o deseja, existe a obrigação estatal de assisti-lo, mediante o Serviço de Defensa Pública Penal. A instituição encarregada de dita tarefa é o IDPP,[32] criado em 1997; presta o serviço público de defesa criminal gratuito, administra e controla os advogados particulares quando desempenham esse cargo;[33] sua máxima autoridade é a pessoa eleita quinquenalmente como diretora-geral pelo plenário do Congresso da República, por meio de uma lista de três nomes, proposta pelo Conselho da instituição.[34] O IDPP não pode prestar serviço a quem possuir um advogado particular, exceto no caso de declaração de abandono da defesa ou que não se possa ou não se queira contratar outro defensor particular para substituí-lo. Uma exceção é o caso de diligências urgentes de obtenção de prova, quando é materialmente impossível avisar ao advogado particular, em cujo caso o juiz tem a capacidade de pedir a um defensor de ofício que controle exclusivamente esse ato.

O desempenho do IDPP é bem valorizado, em geral, entre juízes e procuradores; no entanto, um juiz criminal afirmou que soube de situações de defensores que assumem casos de defesa criminal nos quais não conhecem o seu defendido até minutos antes da audiência. Para esse juiz, o anterior torna relativa a qualidade do serviço. Essa circunstância foi confirmada pela equipe de investigações do Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala (ICCPG).[35]

O anterior deve ser compreendido no seu contexto: o IDPP é uma das instituições do setor justiça que mais lentamente cresceu em termos orçamentários. O orçamento atribuído[36] durante os últimos 10 anos variou de USD 8.918.149,48 em 2003 a USD 15.438.125,74 em 2011. O orçamento cresceu somente 73,1%, o que constitui, para 2011, apenas 3% do total do orçamento das instituições que intervêm em matéria de justiça penal (que atinge os USD 516.581.602,21).

32 Para a presente pesquisa foram entrevistados os diretores da Unidade de Coordenações Técnico -Profissionais, Unidade de Formação e Capacitação ao Defensor Público, e Divisão Executiva e de Recursos Humanos, todos do IDPP. Entrevistas realizadas em junho de 2013. Também se realizou um grupo focal com advogadas e advogados do IDPP; solicitou-se que todos tivessem mais de cinco anos de experiência em seu trabalho.

33 Lei do Serviço Público de Defesa Penal (LSPDP), art. 1º. Decreto 129/1997 do Congresso da República.

34 LSPDP, art. 10. O conselho do IDPP é formado pelo procurador dos direitos humanos, o presidente da Suprema Corte de Justiça, um representante Colégio da Associação de Advogados e Tabeliões da Guatemala, um representante dos diretores das faculdades de direito do país e um representante dos advogados de carreira da instituição. LSPDP, art. 23.

35 Ascencio, 2013.

36 A moeda nacional da Guatemala é o quetzal. A taxa de câmbio que se utilizará no presente relatório será 1 dólar estadunidense por 7,81729 quetzais, dado válido para 21 de junho de 2013, segundo o Banco da Guatemala.

Em 2012, o IDPP contava com 73 instâncias de trabalho na República (distribuídas em 36 coordenações): 30 defensorias departamentais e anexos, 18 em municípios que não são cidades principais, 15 defensorias étnicas e 10 coordenações nacionais de assistência legal a vítimas.

Existem dois tipos de defensores: de carreira, que trabalham com exclusividade para o instituto; e de ofício, advogados particulares que por designação do instituto prestam assistência legal gratuita em casos determinados. A dinâmica institucional gerou um terceiro tipo, representado por advogados em formação, dos quais sairá o futuro defensor público quando existirem vagas.[37] Além disso, está regulamentado que todos os advogados do país conformam o serviço de defesa pública penal, portanto podem ser chamados a qualquer momento para prestar assistência gratuita às pessoas.[38]

Os mecanismos de ingresso na instituição, tanto para advogados de carreira quanto de ofício, iniciam com um edital público; em seguida, passam por um processo de seleção por meio da avaliação de resultados em exames técnicos e psicométricos, experiência, presença em cursos, entre outros. Aos defensores de carreira, designam-se uma mesa e um advogado assistente, contanto que tenham sido pelo menos um ano advogados em formação. Além disso, ingressam *ipso facto* na carreira de defensor público, para que possam adquirir até uma titularidade III (de acordo com o tempo e a capacitação formal), mais múltiplos benefícios como formação e bolsas, estabilidade profissional etc. Os segundos, por outro lado, não ingressam na carreira e, por isso, só se beneficiam parcialmente com processos de formação, sendo contratados a título de serviços profissionais temporários, pagos segundo tarifa aprovada bianualmente por uma comissão *ad hoc*.[39]

Para março de 2013, o IDPP reportou que contava com 95 advogados defensores públicos de carreira (50,5% homens e 49,5% mulheres)[40] e 234 de ofício. Isto é, tem

37 Os defensores em formação são advogados que se preparam para ser defensores públicos; geralmente se compõem das e dos assistentes das mesas de trabalho em cada sede. Também podem cobrir alguns atos processuais quando se tratar de delitos leves. O IDPP entende por delitos leves aqueles que têm estabelecida uma pena máxima não maior a cinco anos de prisão ou aqueles que têm contemplada a possibilidade de uma medida substitutiva à privação de liberdade.

38 O serviço é gratuito para as pessoas sem os recursos econômicos necessários, mas o Estado remunerará, segundo tarifa determinada, aos advogados chamados a prestá-lo. Dado que o serviço de defesa pública se encontra institucionalizado desde 1997, na prática não tem ocorrido atribuições de defensores particulares para prestação desse tipo de assistência.

39 Conformada pela diretora do IDPP, o presidente do Colégio da Associação de Advogados e Tabeliões da Guatemala e pelo diretor do Gabinete Popular da Universidade de San Carlos da Guatemala (única universidade pública do país).

40 Um defensor de carreira é remunerado com 7,4 vezes o salário-mínimo mensal estipulado no país

329 defensores.[41] Além disso, relata 110 advogados de assistência a vítimas, 75 em formação, 19 estagiários, mais advogados em postos de coordenação e administração. Note-se que, de todos eles, somente os defensores públicos de carreira contam com estabilidade profissional e com a independência que isso implica.

Os processos de formação dos defensores públicos se dão por meio de plataformas de *e-learning,* cujo currículo está dividido em quatro níveis —ingresso, para defensores em formação; I, II, III, para defensores de carreira; os níveis I, II, III são dados em períodos cíclicos de três anos, com disciplinas diferentes e conteúdos avançados. Esse processo começou em 2012 com a capacitação de instrutores, e formalmente em 2013. Os cursos se dividem em áreas jurídicas e direitos humanos, e áreas não jurídicas (cursos de liderança etc.).[42]

O IDPP presta serviços gratuitos de defesa criminal às pessoas que carecem de renda superior ao triplo de um salário-mínimo, o qual para 2013 era de USD 9,13 diários. Se alguém superar essa quantidade de renda e não quiser ou temporariamente não puder pagar um advogado particular (por exemplo, se seus bens estiverem confiscados), está obrigado a pagar o serviço posteriormente. A cada mesa de trabalho se designam os casos penais segundo a seguinte regra: um caso para cada mesa, mas distribuídos segundo sua complexidade —tipos de delito e número de pessoas envolvidas— de forma equitativa; a adjudicação é feita por um programa informático que gera formulários nos quais o titular do caso deverá ir registrando todas suas atividades.[43]

(julho de 2013, USD 274,01 / Q 2.142), mais os incentivos e as bonificações nacionais mensais e anuais. Por outro lado, os juízes corregedores ou de primeira instância são remunerados com 12 salários-mínimos, e igualmente recebem outros tipos de bonificações e adicionais. No relativo a um promotor, seu salário é 6,3 vezes o salário-mínimo, mais bonificações e adicionais.

41 Até maio de 2012 havia 219 profissionais de carreira e de ofício disponíveis: 1,49 por cada 100 mil habitantes no país (muito abaixo da quantidade de procuradores que, para esse ano, era de 10 por cada 100 mil habitantes, e inclusive de juízes: 1,98 por cada 100 mil habitantes). No mesmo período, a maior parte de defensores se concentrava predominantemente na área metropolitana (53,4%) e especificamente quanto às pessoas pobres ou extremamente pobres, tinha uma relação de 2,77 por cada 100 mil habitantes.

42 No grupo focal desenvolvido com defensoras e defensores particulares, manifestou-se que a preparação de seus pares do setor público é permanente, enquanto eles carecem dela, exceto nos casos em que a procurarem por seus próprios meios no âmbito universitário.

43 Nos casos de defensores fixos, os critérios de nomeação são, como mencionado: igual proporção a cada um, segundo a complexidade do caso. Em relação aos defensores que trabalham no fórum, correspondem os casos que ingressem dentro de seu turno.

Para casos de delitos menores e para primeiros depoimentos, são designados advogados de ofício.[44] Dias antes da elaboração deste relatório, junho de 2013, foi concluído programa piloto segundo o qual advogados de ofício cobriam também atos processuais dos defensores de carreira quando estes estivessem saturados de trabalho e sempre sob sua plena responsabilidade, porém não se conseguiu obter uma avaliação dele. Segundo foi dito pelos defensores públicos para esta pesquisa, na capital existem 25 defensores de carreira[45] e cada um mantém designada uma média de 40 a 65 casos simultaneamente, com alta porcentagem de pessoas privadas de liberdade provisoriamente.[46]

Os defensores de carreira responsabilizam-se pelos casos designados a suas mesas até concluírem o debate oral e público. Nesse momento, na área metropolitana, passam para o controle da unidade de impugnações[47] e, sendo o caso, à unidade de execução penal. Esse fluxo não se aplica para as coordenações estaduais (que não são da capital), nas quais ditas unidades especializadas não existem, por isso cada defensor acompanha a totalidade do processo e apoia-se tecnicamente em seus supervisores regionais. O IDPP conta com um sistema computadorizado que faz o controle dos casos que se litigam. Quando se obtém uma sentença condenatória, o advogado litigante atualiza o estado do processo e este passa à unidade respectiva para que seja impugnada. Nessa seção se designa um novo advogado, que adquire acesso a um formulário que contém os pormenores do caso e, posteriormente, são entregues tanto a sentença a impugnar como os arquivos digitais de áudio da audiência. Segundo informou uma advogada

44 Como já se mencionou, alguns deles estão contratados por tempo integral para assistir os advogados de carreira, já que eles não podem crescer em número (ver *infra)*. Aos advogados que cobrem turnos em sedes judiciais —para primeiros depoimentos— correspondem os casos cujas audiências se realizarem dentro de seu horário de trabalho. Se o processo continuar em desenvolvimento, o caso é designado aos defensores de carreira ou aos de ofício que apoiam as mesas de trabalho.

45 A lei do Serviço da Defesa Pública Penal contém um erro legislativo, ao indicar que a cidade poderá contar somente com 25 advogados fixos e que as coordenações estaduais contarão com o máximo de três. Essa circunstância faz com que não se possam contratar mais defensores de carreira, fato que se supre com advogados de ofício que, às vezes, trabalham em iguais condições que seus pares, mas sem direito à carreira de defensor público (LSDPP, arts. 19 e ss.).

46 As defensoras e os defensores públicos estimam que entre 35 e 50 de seus defendidos estão privados de liberdade. Os efeitos dessa situação serão expostos mais adiante.

47 A coordenação de impugnações funciona na cidade e em junho de 2013 contava com um total de seis defensores: quatro de carreira e dois de ofício. Os casos de impugnação de sentenças que atende a essa unidade são designados mecanicamente, sem que exista uma transferência de conhecimentos de parte do defensor que litigou em primeira instância, pelo que se relativiza o grau de especialização que têm os defensores que se dedicam a essa parte do processo. Sempre que houver uma condenação por 50 anos (máxima pena possível no ordenamento guatemalteco), litiga-se com defensores da unidade especializada, ainda que sejam casos que não pertencem à jurisdição da cidade capital.

dessa unidade especializada, se houver alguma dúvida, podem solicitar informações a quem litigou no debate oral.

Existe também uma unidade especial —não presente em todos os estados— de defensores para adolescentes em conflito com a lei penal,[48] que atuam no âmbito de um processo especial definido pela Lei de Proteção Integral à Criança e Adolescente (LPINA, em sua sigla em espanhol).[49]

O IDPP conta com 14 defensorias étnicas ou indígenas,[50] constituídas por advogados que dominam o idioma da região na qual se encontram e que litigam casos especiais, porém, também são sobrecarregados com processos comuns quando é necessário.

A quantidade de casos recebidos pelo IDPP é alta. Se considerarmos o número de processos que ingressam no organismo judicial e o número dos que o IDPP informa ter atendido, a média de atenção de defensores públicos entre 2007 e 2011 é de 25,8 (ver tabela 1)

Tabela 1

Casos atendidos pelo IDPP durante os anos 2007- 2011

Ano	2007		2008		2009		2010		2011	
	Casos	%	Casos	%	Casos	%	Casos	%	Casos	%
Ingressados por Organismo Judicial	67.856	100	95.133	100	109.383	100	116.502	100	113.820	100
Ingressados por defesa pública penal	21.042	30	23.038	24	24.895	33	24.603	21	23.353	21
Atendidos por advogados particulares*	46.814	70	72.095	76	84.488	77	91.899	79	90.467	79

* Este dado é o resultado da subtração dos casos atendidos pelo IDPP do número que efetivamente chega a instâncias judiciais. Não existe outra forma de determinar esse dado ante a falta de estatísticas judiciais específicas.

Fonte: Elaboração própria com base em dados fornecidos pelo organismo judicial, a partir da solicitação realizada em 3 de maio de 2012, e consulta virtual na página da defesa pública penal, em 20 de dezembro de 2012.

48 Em junho de 2013, havia na capital somente cinco defensores especializados na fase de conhecimento do processo e dois para lidar com a execução das sanções. Não existe institucionalidade especializada de defesa pública porque nem todas as jurisdições possuem tribunais especializados.

49 Decreto 27/2003 do Congresso da República da Guatemala.

50 Como se apontou, no país se falam 24 línguas indígenas, portanto não existe uma pessoa especializada para, pelo menos, 10 grupos linguísticos.

Segundo a tabela 1, de 2007 a 2011, o número de casos penais que a instituição recebeu aumentou 48,25%.[51] De acordo com a própria instituição, aproximadamente 67,4% das intervenções de defensores públicos ocorrem durante a etapa preparatória (primeiros depoimentos e revisão de medidas coercitivas).

3. Direitos associados ao direito de defesa criminal e sua implementação na prática

3.1 Direito a contar com informação

Os funcionários do sistema de justiça criminal têm a obrigação de informar às pessoas as causas, razões e detalhes pelos quais as investiga, detém,[52] encarcera, processa, acusa e condena; o cidadão deve contar em todo momento com suficiente informação sobre sua situação jurídica. Essa obrigação é compartilhada por todos os funcionários, segundo se deduz dos artigos 6º ao 12 e 14 da Constituição; a violação desse direito gera responsabilidades para as autoridades que a cometerem.

Segundo pessoas entrevistadas para esta pesquisa,[53] o direito a contar com suficiente informação durante a detenção[54] é irregular porque não existe um protocolo

51 Esse fato contrasta com o aumento orçamental que apenas cresceu em 4,64% em idêntico período.

52 A situação das detenções, segundo os relatórios judiciais e policiais, para 2011, foi a seguinte: houve 39.741 detenções das quais 20,8% foram realizadas por ordem judicial, e 79,2% em flagrante. Esse dado é alarmante porque indica que é falaciosa que a regra de detenção seja a ordem judicial (CPRG, art. 6º), e que o flagrante seja a exceção. Essa situação confere um poder imenso aos agentes policiais, considerando que o governo atual privilegiou a presença militar nas ruas mediante a criação de grupos mistos (policiais e soldados). Existe a possibilidade de voz de prisão em flagrante por cidadãos comuns contanto que se respeite o fato de ser posta sob autoridade competente de imediato (CPP, art. 257).

53 Um magistrado do mais alto grau, dois juízes de primeira instância, um juiz de paz, um procurador metropolitano, um procurador distrital, grupos focais com advogados particulares e com defensores públicos. Por exemplo, o CPP, em seu artigo 88, ordena à PNC instruir a pessoa apreendida que não deve depor sem seu defensor, procurador e juiz, e ao mesmo tempo que se permite perguntar-lhe unicamente questões gerais tais como seu nome e outros dados gerais de identificação. Segundo as advogadas e os advogados, inclusive dá-se o caso de que se dilata a apresentação de uma pessoa perante o juiz, enquanto é levada a uma delegacia ou outra instância que não é judicial, e ali é ameaçada a se incriminar. Ainda se apresentam casos em que procuradores solicitam depoimento dos agentes de polícia, ainda que já tenha sido apresentado o documento denominado prevenção policial, que contém os fatos que constam ao captor, não se devendo permitir que se pronunciem sobre nenhum outro ponto.

54 Esse aspecto não é claro dentro da legislação porque inclusive constitucionalmente se ordena que ao apreendido por ordem de juiz competente seja dada ciência da razão de sua captura e por ordem de quem. Todavia, como se indicou, apenas 20% das detenções provém de ordem judicial.

policial sobre como deter nem uma "carta de direitos" que deva ser lida e/ou entregue à pessoa detida.[55] De fato, há pessoas privadas da liberdade provisoriamente que ainda não compreendem por que estão detidas (Asencio, 2013). Nos lugares nos quais existem tribunais de 24 horas (também conhecidos como "tribunais de plantão"), a apresentação da pessoa perante o poder judicial para que deponha deve ser imediata.[56]

Além disso, esse direito também implica que a pessoa a quem se imputa o cometimento de fatos delitivos entenda perfeitamente de que se acusa. Primeiramente, ao procurador corresponde respeitar esse direito quando realiza a acusação na etapa preparatória e quando dá a conhecer a acusação no começo do debate oral e público;[57] ao juiz corresponde verificá-lo.[58] Entre os funcionários consultados para esta pesquisa existe consenso de que isso se cumpre com regularidade já que consideram de que nas audiências sempre está presente um defensor técnico zelando pelos interesses de seu defendido. No entanto, entre os advogados há certa tendência a expressarem-se com um vocabulário predominantemente técnico, em detrimento da compreensão direta das pessoas não especializadas no jargão jurídico.

Por último, esse direito se materializa no princípio de publicidade, por meio da faculdade que o acusado tem de conhecer os atos e o inquérito policial levados pela procuradoria.[59] Segundo os juízes e procuradores entrevistados, não se denega o acesso a eles à pessoa nem a seu defensor devidamente credenciado; contudo, os defensores garantem que isso não acontece na prática:

1. quando um advogado defensor tem contato pela primeira vez com o caso, mediante solicitação informal do acusado (que pode ou não estar privado de liberdade provisoriamente), alguns procuradores denegam o acesso às pastas de investigação correspondente aos defensores. Argumentam que somente lhes permitem ter acesso a ela se existir uma credenciação formal do cargo —em clara afronta à Constituição, que estipula que basta designação verbal do defensor para que proceda a exercer seu direito de defesa técnica—;[60]

55 CPRG, art. 7°.

56 Existem tribunais de plantão, 24 horas do dia, 365 dias do ano, em cinco municípios: Ciudad de Guatemala, Villa Nueva, Mixco, Sacatepéquez e Escuintla.

57 CPP, arts. 326 e 332 bis.

58 CPP, art. 81. No caso de pessoas pertencentes a povos originários, ver seção 3.6 deste capítulo.

59 CPP, art. 314.

60 CPRG, art. 14.

2. quando a organização interna da Procuradoria estabelece que as pastas de investigação não se encontram disponíveis, seja porque a pessoa responsável na promotoria não está presente ou porque arbitrariamente decide que só em certos dias e horários é possível acessá-las;

3. quando são expedientes volumosos e a Procuradoria alega falta de recursos para permitir uma cópia integral ao defensor, ao mesmo tempo em que razoavelmente impede que a pasta saia da promotoria para ser reproduzida pelo próprio defensor;

   Segundo se informou, denegar o acesso ao processo por motivos de reserva vem sendo superado ao se compreender que só é aplicável a pessoas estranhas ao processo.

3.2 Direito à própria defesa criminal e à representação legal

O artigo 8º da CPRG estabelece que o detido tem o direito a contar com um defensor; o artigo 12, que ninguém pode ser condenado sem ter sido citado, ouvido e condenado em um julgamento justo. Ser "ouvido" deve ser entendido como ser capaz de pronunciar-se com os argumentos a seu alcance e as provas que o suportem, e ser condenado como o resultado de os argumentos e provas em contrário, as quais puderam ser refutadas, serem mais contundentes.[61]

Além disso, está estabelecido que a representação técnica é obrigatória e universal[62], desde o primeiro depoimento até a execução da sentença condenatória, se houver. Se a pessoa não quiser fazer uso desse direito, ele é imposto legalmente sob o entendido de que a defesa material nunca pode obstaculizar a efetividade da defesa técnica.[63]

A capacidade de escolher um advogado de confiança implica também a capacidade de o afastar de seu caso. A pessoa com meios econômicos suficientes pode escolher um defensor de sua confiança e destituí-lo em qualquer momento —um defensor não

61 Além desses argumentos gerais em prol do direito de defesa, existe o Código Processual Penal, que como se verá a seguir, desenvolve todos os elementos próprios da defesa técnica.

62 Não existe nenhum tipo de diferença legal a respeito do exercício desse direito. Homens e mulheres, adultos e adolescentes em conflito com a lei penal, estrangeiros e nacionais, pessoas pertencentes a povos indígenas ou não, todas e todos devem enfrentar um processo penal acompanhados de uma defensora ou de um defensor, particular ou público.

63 CPP, art. 92, e LSDPP, art. 4°, inc. 3°.

pode abandonar seu cargo até que se estabeleça um substituto[64]— enquanto quem possuir um defensor público pode pedir sua substituição nos seguintes casos: falta de idoneidade para o tipo de caso, negligência e interesse contraposto.[65]

Policiais, procuradores e juízes —qualquer um deles— têm a obrigação de facilitar a intervenção de um defensor a favor do detido/indiciado/arguido/acusado:[66]

1. dando as condições para que se faça uma ligação telefônica para contatá-lo quando tiver ou houver meios econômicos para isso, e para que fisicamente possa haver uma comunicação efetiva entre ambos;
2. solicitando uma intervenção rápida do IDPP.
   Nos lugares em que existem juízos penais de plantão, há pelo menos um defensor público de carreira e um de ofício. O mesmo acontece nos lugares em que há juízes criminais de primeira instância (municípios ou cidades principais).[67]

3.3 Direitos processuais

3.3.1 Direito a permanecer em liberdade durante o processo enquanto o julgamento se encontrar pendente

A prisão é uma pena principal estipulada pela legislação penal substantiva;[68] no entanto, constitucionalmente, a Guatemala está comprometida a garantir a liberdade como um dos deveres principais do Estado.[69] A legislação processual estabelece, nesse sentido, que a liberdade do acusado é tão importante que toda interpretação que se fizer da lei tem que ser em função de garanti-la.[70]

64 CPP, arts. 92, 98 e 99.

65 LSDPP, art. 32.

66 Se estiver privada de liberdade, qualquer pessoa está facultada a solicitar assistência jurídica para o detido (LSDPP, art. 6°).

67 Essa situação é importante considerar, porque significa que a criação de novos tribunais de plantão deverá passar necessariamente pelo crescimento do pessoal do IDPP. Sem isso, mais tribunais seriam inoperantes.

68 Código Penal, arts. 41 e 43; Decreto 17/1973 do Congresso da República da Guatemala.

69 CPRG, art. 2°.

70 CPP, art. 14.

Isto posto, deve entender-se que a prisão preventiva é, axiologicamente falando, excepcionalíssima;[71] procede somente para garantir a presença do acusado no julgamento[72] por solicitação da Procuradoria. É critério do juiz aceitá-la ou não, em função de que se cumpram os fins do processo penal: a averiguação da verdade sobre o fato delitivo e estabelecer a participação de uma pessoa neste; o ato que concede a prisão preventiva pode ser modificado no transcurso da investigação e é apelável.[73] Na prática, o aspecto normativo não está funcionando: entre 2010 e 2011, por exemplo, o número de pessoas privadas de liberdade foi de 11.145 e 12.681, respectivamente. Delas, 54,7% e 50,6%, respectivamente, encontravam-se em situação de detenção provisória.[74]

Em contraposição ao espírito da norma constitucional e processual, em anos recentes tem havido uma tendência legislativa de obrigar o juiz a impor prisão provisória ante o suposto cometimento de delitos qualificados de alto impacto e outros especiais;[75] esta se manifesta principalmente em leis especiais que tipificam novos delitos. Um exemplo do anterior é a Lei contra o feminicídio e outras formas de violência contra a mulher,[76] de 2008, na qual se tipifica esse delito, ordenando ao juiz, no artigo 6º, o seguinte: "As pessoas processadas por cometerem esse delito não poderão gozar de nenhuma medida substitutiva" (*tradução nossa*). É importante sinalizar que quem sofre prisão preventiva não conta com nenhum tipo de acompanhamento psicológico e não se beneficia de programas devido à transitoriedade de sua situação jurídica.

71 Em relação à excepcionalidade da prisão preventiva, a Corte de Constitucionalidade já se pronunciou em sua publicação *Gazeta* 57, processo 73/2000, p. 285, Sentença 25/7/2000.

72 Estabelece-se que não se aplicará nunca para delitos que não prevejam ou não se espere deles pena de prisão e em delitos menos graves, se não se espera fuga do acusado ou que possa obstaculizar a investigação.

73 CPP, arts. 259 e ss.

74 Dados compilados pelo ICCPG, tomados de relatórios do Ministério do Interior.

75 A lei processual estabelece taxativamente que não procedem medidas substitutivas à privação de liberdade nos seguintes casos: a) em processos instruídos contra reincidentes ou delinquentes habituais; b) delitos de homicídio doloso, assassinato, parricídio, estupro agravado, estupro qualificado, estupro de menor de doze anos de idade, crime de sequestro em todas suas formas, sabotagem, roubo agravado; c) delitos compreendidos no Capítulo VII da Lei contra a Narcoatividade, Decreto 48/1992 do Congresso da República; d) em processos relativos aos delitos de fraude tributária, fraude e contrabando aduaneiro, exceto a de prestação de caução econômica; e) nos processos relativos aos delitos de: 1) adulteração de medicamentos; 2) produção de medicamentos falsificados, produtos farmacêuticos falsificados, dispositivos médicos e material médico cirúrgico falsificado; 3) distribuição e comercialização de medicamentos falsificados, produtos farmacêuticos falsificados, medicamentos adulterados, dispositivos médicos e material médico cirúrgico falsificado e 4) estabelecimentos ou laboratórios clandestinos. CPP, art. 264.

76 Decreto 22/2008 do Congresso da República.

Se se analisam as estatísticas oficiais de prisão preventiva, é necessário observar: a) que pelas reformas legais mencionadas e pelo alto impacto de muitos delitos, a prisão preventiva concentrou-se crescentemente em delitos graves;[77] b) que segue havendo uma cultura de prisão preventiva entre os funcionários da justiça,[78] o que se reflete de em 2012 ainda haver pessoas privadas de liberdade pelos delitos de posse para o consumo de drogas (43), obstrução da justiça (22), negação de prestação de pensão (15), lesões leves (12) e outros.[79]

Ao requerer informação ao procurador metropolitano sobre as razões pelas quais há uma alta quantidade de pessoas detidas provisoriamente, expõe que se deve à gravidade dos delitos, à obrigação legal imposta a certos delitos e a uma razão de ordem prática: os acusados não podem ser identificados plenamente, seja porque mudam de nome entre o momento em que são detidos e quando são interrogados perante o juiz ou porque não portam documentos de identificação. Os defensores entrevistados, públicos e particulares, não compartilham essa opinião, já que salientam que é compreensível que uma pessoa aja erraticamente ao se ver detida pela polícia, muitas vezes de forma violenta, e porque a identificação pode ser concretizada antes de a pessoa ir a um centro de privação de liberdade.

3.3.2 Direito do acusado a ser julgado em sua presença

O artigo 12 da Constituição Política da República é claro ao estabelecer que, para ser considerada culpada, toda pessoa deve ser "citada, ouvida e condenada"; a normativa processual se encaminha no mesmo sentido.[80]

Esse aspecto se materializa em duas seções na legislação guatemalteca: a) mecanismos legais para garantir a presença do acusado no julgamento e b) mecanismos para que não se continue um julgamento em sua ausência.

O primeiro ponto se refere às medidas de coerção, que estão reguladas a partir do artigo 254 do CPP. Estas constituem *numerus clausus:* a) privação de liberdade

77 Nesse sentido, retomem-se os dados citados *supra,* seção 1.4 deste relatório: "Segundo indica o Ministério Público, entre o ano 2007 e 2012, os delitos pelos quais se ditaram autos de prisão preventiva foram os seguintes: assassinato (4.882), homicídios (983), violência contra a mulher (525), roubo qualificado (823), estupros (217), porte ilegal de armas de fogo (216), sequestro (216), conspiração (124) […] (*tradução nossa*)".

78 Nesse sentido, retomem-se os dados citados anteriormente, relativos a que, entre 2005 e 2011, a prisão preventiva ocupou 13,72% das opções das juízas e os juízes.

79 Dados disponibilizados pelo MP, junho de 2013.

80 CPP, art. 20.

provisória, b) fiança e c) medidas substitutivas à privação de liberdade (prisão domiciliar, submissão ou cuidado de uma instituição ou pessoa designada, obrigação de apresentar-se periodicamente em juízo, proibição de abandonar o país ou certa localidade, proibição de assistir a certas reuniões ou de visitar alguns lugares, proibição de comunicar-se com certas pessoas). Estabelece-se também que, em determinados casos, basta a palavra do acusado no sentido de que se apresentará ao julgamento para que se continue a investigação, até que seja notificado do início do debate.

A respeito do segundo ponto, se concluída a fase de investigação —etapa preparatória— e a pessoa acusada não estiver presente, o processo penal em sua etapa de julgamento não poderá ser desenvolvido. Seja por revelia[81] ou porque o acusado não está devidamente individualizado, o MP tem a ordem de solicitar ao juiz que arquive o caso até que a pessoa apareça ou seja identificada (CPP, art. 327). As e os advogados consultados para este relatório afirmam que não têm conhecimento de que na prática alguém tenha sido julgado à revelia.

Finalmente, a legislação processual preceitua que o princípio da imediação durante o debate deve ser respeitado. Este é desenvolvido pelo artigo 354 da seguinte maneira: "O acusado não poderá distanciar-se da audiência sem licença do tribunal; se depois de seu depoimento se recusar assistir, será custodiado em uma sala próxima e representado por seu defensor. Se o defensor não comparecer ao debate ou se afastar da audiência, considerar-se-á por abandonada a defesa e se procederá à sua substituição" (*tradução nossa*). Da mesma maneira, se um acusado é expulso por indisciplina durante o debate, ficará sempre seu defensor representando-o ou, quando desaparecer e declarar-se revel durante um prazo de 10 dias, o debate se considerará interrompido e deverá ser reiniciado.[82]

Desde 2011, existem no país tribunais denominados "de maior risco", que conhecem delitos considerados graves (genocídio, delitos de lesa-humanidade, tortura, desaparecimento forçado, feminicídio, assassinato, parricídio, sequestro, narcotráfico, lavagem de dinheiro ou outros ativos, dentre outros).[83] Uma das caraterísticas principais desses tribunais é que dão especial ênfase à segurança do corpo funcional. Para este relatório, entrevistou-se um juiz desses tribunais e consultou-se sua opinião a respeito desse direito. Afirmou que se deve zelar para que o ou os acusados estejam

81 CPP, art. 79.

82 CPP, arts. 358 e 361.

83 Lei de Competência Penal em processos de maior risco, Decreto 21/2009 do Congresso da República da Guatemala; Acordo 29/2011 da Suprema Corte de Justiça.

presentes, ainda quando houver elementos que façam pensar razoavelmente que pode haver intenções de liberá-los ou assassiná-los no percurso do cárcere preventivo até o tribunal, o que —garantiu— já aconteceu. Nesse caso —explicou— se transferem com fortes medidas de segurança ao fórum e constrói-se uma cabine especial na qual ficam retidos enquanto presenciam o julgamento. Essa solução foi privilegiada em detrimento de outras opções para garantir a presença do acusado: fazer as audiências por videoconferências —em que não poderiam se comunicar permanentemente com seu advogado defensor, salvo que se tenha ao menos dois: um consigo no cárcere e outro no tribunal— ou transferir a estrutura judicial ao centro no qual se priva da liberdade. Os juízes cuidam muito da forma nesses casos para que fique suficientemente garantida a presença do acusado já que a defesa técnica pode utilizar uma falha nesse sentido para levar abaixo o processo.

3.3.3 Direito à presunção de inocência

Segundo a Constituição e a lei processual penal, toda pessoa é inocente até ser demonstrado o contrário, perante juiz natural e com sentença transitada em julgado e executável;[84] quer dizer, é um preceito de obrigatório cumprimento para todo funcionário e subsiste à condenação em primeira instância enquanto não se esgotarem todos os recursos pertinentes.

Uma pessoa acusada, mas presumida inocente, tem direito o mais amplamente possível à liberdade. A exceção é a procedência de prisão preventiva, sob a lógica de que ela deve respeitar todo direito salvo exclusivamente a liberdade de mobilidade.

Essa situação impõe à Direção-Geral do Sistema Penitenciário a obrigação de separar quem está sob sua custódia conforme esteja em situação provisória ou definitiva de privação de liberdade. Uma pessoa provisoriamente detida é inocente e pode e deve sair rapidamente das instalações carcerárias, a menos que se demostre sua culpabilidade; pelo contrário, uma pessoa condenada definitivamente deve ter adequada sua permanência no cárcere aos fins reeducadores que propõe o regime progressivo do sistema penitenciário.[85] Esse objetivo é violado permanentemente por parte do sistema de justiça: pelos juízes, porque sabem que a autoridade penitenciária é incapaz de garantir um centro especializado para prisão preventiva e não se pronunciam a respeito, e inclusive enviam pessoas com status de inocência a conviver

84 CPRG, arts. 12 e 14, e CPP, art. 14.

85 Lei do Regime Penitenciário, Decreto 33/2006 do Congresso da República.

com condenados; pelo sistema carcerário, porque mantém reunidos condenados e pessoas ainda consideradas inocentes.[86] O anterior se agrava porque existem pessoas detidas em instalações policiais.

Um problema que tem se agravado nos últimos anos é o da estigmatização de diversos segmentos sociais em situação de vulnerabilidade —pessoas pobres, membros de quadrilhas juvenis ("*maras*") e gangues, e/ou adolescentes em conflito com a lei penal. É comum observar nos jornais ou noticiários, inclusive em boletins eletrônicos da PNC,[87] imagens de detidos e depoimentos de funcionários do governo que anunciam a captura de "delinquentes" ou de "bandos de delinquentes", apresentando-os publicamente algemados, às vezes visivelmente espancados, rodeados de policiais. Toda essa pressão midiática gera uma expectativa social que vulnerabiliza os detidos publicamente e em seu contexto familiar ou local, e influencia definitivamente as julgadoras e julgadores, pela influência subjetiva que isso gera. Na prática, não existem ações judiciais tendentes a contestar essa situação.

No plano probatório, o direito a ser tratado como inocente implica uma presunção legal por meio do ônus da prova (do procurador) e do critério de dúvida razoável —a culpabilidade se demostra em todos seus elementos, sem lugar para dúvidas, as quais operam a favor do réu.[88] Sobre esse ponto, particularmente no caso da etapa de julgamento, a partir das oficinas desenvolvidas com defensores públicos e particulares, concluiu-se que o juiz tem liberdade de critério para avaliar a prova e que, se alguém não estiver de acordo, pode impugnar. Todavia, sinalizaram-se duas circunstâncias: a) que há juízes (os quais os defensores já conhecem por sua experiência de litígio) que têm particular propensão a serem mais flexíveis ou mais duros em determinados temas que outros; b) que nos tribunais especializados em casos de violência contra as mulheres, os homens acusados são tratados de forma particularmente hostil.

3.3.4 Direito a permanecer em silêncio e/ou a não depor contra si mesmo

O direito subjetivo a depor em um processo penal está regulamentado na Guatemala. Constitucionalmente, estabelece-se que nenhuma autoridade policial

86 A obrigação de distinguir entre centros de detenção provisória e definitiva procede de convenções internacionais e está sustentada no artigo 10 da CPRG.

87 É inconstitucional que as autoridades policiais apresentem imagens das pessoas capturadas antes de serem entrevistadas por juiz competente (CPR, art. 13). Contudo, não se obteve informação sobre processos iniciados contra agentes da polícia por esse tipo de prática.

88 CPP, art. 14.

pode interrogar uma pessoa e que somente o poderá fazer o juiz competente, na presença do defensor de sua confiança; em qualquer caso, se uma pessoa emitir declarações perante agentes policiais, elas entrarão como provas só no âmbito de declarações testemunhais.[89] Em nenhum caso será obrigatório depor contra si mesmo ou contra parentes.[90] A legislação ordinária processual desenvolve ainda mais o tema quando prescreve que ninguém está obrigado a depor contra si mesmo ou a declarar-se culpado, ao extremo que obriga procuradores e juízes a advertirem a pessoa que ela é livre para depor ou não e para responder a qualquer pergunta que se fizer.[91] Além disso, o juiz deve explicar ao acusado tudo o que for relativo à natureza do ato processual, o que inclui a informação que não depor não prejudicará em nada seu processo.[92]

O anterior relaciona-se com o direito de assessoria e assistência técnica para conceber uma estratégia de defesa. Segundo as juízas e os juízes e o procurador entrevistados, esse princípio é observado; contudo, um julgador garantiu que as advogadas e os advogados assessoram deficientemente seus detidos ao persuadi-los a não depor. O juiz afirmou que essa atitude é prejudicial porque, em alguns casos, o depoimento pode servir ao julgador para que assuma uma postura diferente da privação de liberdade, quando se consegue compreender o drama que implica o delito e o processo penal. Agregou que, ainda quando o depoimento seja incriminatório, sem provas materiais que o atestem, não o levaria em conta para uma sentença. Mulheres privadas de liberdade entrevistadas pelo ICCPG confirmaram seu conhecimento sobre o direito a permanecer em silêncio, mas apontaram que não é correto que os defensores as impeçam se desejam falar ou explicar sua situação.[93]

Outro aspecto ligado ao direito do acusado a não depor contra si se refere a que não é obrigado, mas apenas orientado a que diga a verdade (em etapa preparatória ou em debate). Proíbe-se coagi-lo de qualquer forma, fazendo-lhe ameaças ou promessas, salvo as que estabeleça a lei; por exemplo, reconhecer sua participação em um fato como requisito fundamental para ter acesso a uma alternativas penal.[94]

89 CPRG, arts. 8° e 9°.
90 CPRG, art. 16.
91 CPP, art. 15.
92 CPP, art. 90.
93 Ascencio, 2013.
94 CPP, arts. 85 e 370.

O direito a não depor se complementa com o direito a fazê-lo no momento que desejar ou as vezes que desejar, sempre que for oportuno e não for utilizado como um meio dilatório. A consequência necessária de todo depoimento do acusado é poder ser interrogado pelo Procurador.[95] Ante o anterior, os defensores reconhecem que preferem aconselhar que se evite depor durante o processo para dedicar-se exclusivamente a derrubar os argumentos da acusação.

Não foram obtidos indícios de que, na prática forense, os juízes ou promotores forcem os acusados a depor. Todavia, os defensores declararam a necessidade de investigar de perto os policiais, porque durante o entre a detenção e a apresentação ao juiz se deram casos em que os presos foram ameaçados sobre as consequências de não reconhecerem o que seria alegado; apesar disso, não houve julgamentos penais contra quem assim agira pela dificuldade de prová-lo.

3.3.5 Direito a que as decisões que o afetam sejam motivadas em fundamentos razoáveis

Tal como preceituam os artigos 2º, 203 e 204 da Constituição, a obrigação de fundamentar uma sentença advém da obrigação estatal de garantir a justiça, já que se estabelece que, em toda decisão ou sentença que emitirem, os juízes da República devem basear-se na própria Constituição e nas leis.[96]

Começando com a ordem de apreensão, os principais atos processuais —os que impõe uma medida coercitiva— especialmente se é de prisão preventiva—, o de processamento e o de abertura a julgamento— e a sentença devem ser suficientes no relativo à sua redação, e estar detalhadamente motivados e justificados.[97] Essa disposição se estende em geral a toda decisão que afete o processado. No artigo 308 do CPP se estabelece que, durante a etapa preparatória, as ações de investigação cuja autorização seja solicitada por policiais e procuradores ao juiz correspondente serão decididas atendendo a esses parâmetros.

Já se indicou que a ordem de captura deve conter todos os elementos necessários para estabelecer por que se manda deter, ainda que o flagrante seja a principal forma de detenção na prática.[98] Por sua vez, a decisão de impor prisão preventiva deve

95 CPP, art. 87.

96 CPRG, arts. 2°, 203 e 204.

97 CPP, art. 11 bis.

98 CPRG, art. 6°, e CPP, art. 267.

estar fundamentada em informação que permita estabelecer que se cometeu um fato delitivo e que é razoável pensar que a pessoa pôde ter participado dele.[99] Também devem incluir-se as circunstâncias de por que se decretou prisão preventiva. Iguais requisitos requerem os atos de processamento e de abertura de julgamento.[100]

As sentenças que forem proferidas também devem ter um componente transversal de raciocínio lógico no qual se relatem fatos que se consideram provados, provas apresentadas e valoradas, e os fundamentos de direito para chegar a uma parte resolutiva que informe os motivos das decisões. A sentença deve ser congruente com a acusação.[101]

Os defensores consultados concluíram, a respeito da análise do cumprimento desse direito na prática, que as decisões são, sim, acompanhadas de um raciocínio de parte dos juízes e que comumente os argumentos não são satisfatórios para as partes (por serem contrários ou insuficientes), o que se resolve mediante o direito ao recurso.

3.3.6 Direito a recorrer

O direito de recorrer contra as decisões dos juízes tem inspiração constitucional nos direitos à justiça (art. 2°), à defesa (art. 12) e, particularmente, na regulamentação da dupla instância.[102] Sob o ponto de vista da defesa efetiva, procede quando houver decisões que afetem o acusado/condenado;[103] todavia, é claro que existem requisitos formais para que possam ser consideradas por parte das autoridades competentes. Opera por igual para todas as partes processuais, porém, a favor do acusado, o advogado defensor (público ou particular) e inclusive o MP, poderá interpor de forma automática, quando redundar em favor da justiça.

Em termos específicos, a apelação está regulamentada nos artigos 404 e seguintes do CPP. Como se indicou, reconhecem-se duas instâncias no país:[104] a

99 CPRG, art. 13, e CPP, art. 260.

100 CPP, arts. 321 e 324, respectivamente.

101 Lei do Organismo Judicial, art. 147. Decreto 2/1989 do Congresso da República e CPP, arts. 385 e ss.

102 Constituição Política da República, arts. 2°, 12 e 211.

103 A partir do artigo 398 se regulamentam os recursos processuais: reconsideração, apelação, cassação, revisão e outros. Quando a pessoa se encontra em privação de liberdade, a interposição de recursos pode ser convertida em um mecanismo de prolongamento do prazo do processo e, com ele, da prisão preventiva. Por isso, às vezes, as defensoras e os defensores preferem não utilizar alguns recursos.

104 CPRG, art. 211, e CPP, art. 49.

primeira se verifica perante juízes e tribunais de sentença, e a segunda, perante desembargadores, mediante o recurso de apelação especial.[105]

A apelação especial se interpõe por parte do acusado ou seu defensor, de forma escrita e em um prazo de 10 dias a partir da notificação da sentença impugnada. Pode operar quando se argumentam devidamente erros de mérito —inobservância ou interpretação indevida ou errônea da lei— ou de forma —falta de observação ou aplicação errônea de uma lei que constitua defeitos de procedimento.

Na prática, puderam se determinar as seguintes circunstâncias que incidem em sua eficácia. Sob o ponto de vista da defesa pública penal, a apelação especial, por disposição legal, efetua-se toda vez que a sentença for desfavorável ao processado —ainda se houve confissão, salvo nos casos de procedimentos específicos. Para isso, existe uma unidade de impugnações na capital, tal e como se apontou no capítulo segundo deste relatório. Quando se tratar dos estados do país, os mesmos advogados defensores acompanham todo o processo, sob a supervisão técnica da unidade de impugnações, o que incide diretamente no princípio de especialização por parte dos advogados litigantes. De um total de 66.316 assistências técnicas que prestou o IDPP durante 2012, 63,2% se referem a litígios de casos penais e 1,5% a recursos. Mais detalhadamente, a instituição expõe que entre a capital e os estados, em casos criminais de adultos se apresentaram um total de 1.263 apelações durante aquele ano.[106]

Nos casos da defesa particular, ela se baseia em um acordo contratual entre advogado litigante e defendido, e o primeiro só atua por aquilo que tenha sido acordado. Por isso, a quantidade de pessoas que possui meios econômicos para pagar advogados particulares em primeira instância se reduz no caso de ter que enfrentar uma segunda instância. Muitos defensores particulares recomendam que seus clientes, ao obterem sentenças condenatórias, passem ao serviço público de defesa criminal se não contarem com mais recursos econômicos, sem dar-lhes acompanhamento. Devido ao caráter técnico de alguns recursos, a apelação especial ou a cassação de sentenças perante a Suprema Corte de Justiça requerem um conhecimento especializado, o qual tem um custo muito alto.

105 CPP, art. 415. Além dos casos previstos, poder-se-á interpor o recurso de apelação especial contra a sentença do tribunal de sentença ou contra a resolução desse tribunal, e o da execução que dê fim à ação, à pena ou a uma medida de segurança e correção, que impossibilite que elas continuem, impeça o exercício da ação ou recuse a extinção, comutação ou suspensão da pena.

106 Dados anuais disponíveis em: http://www.idpp.gob.gt/estadisticas/cuadros.aspx.

3.3.7 Direito à assistência legal durante a etapa de execução penal

A pessoa tem direito a ser assistida durante todo o processo penal, o qual inclui a etapa de execução. Nessa etapa do processo penal, pode requerer-se defesa para reivindicar todos os direitos que a Constituição, as leis penais, penitenciárias e os regulamentos (etapa administrativa) outorgam.[107]

A Lei de Serviço de Defesa Pública Penal (LSDPP) estabelece que o IDPP deve oferecer continuidade ao processo de defesa, ainda quando existir sentença condenatória. Nesse sentido, o caso passa a um advogado defensor de carreira ou de ofício se for necessário.[108] Assim como no caso dos recursos, a defesa particular pode continuar sob a responsabilidade do defensor que litigou no processo ou de um novo, sempre sob relações contratuais. Uma pessoa que pôde manter com seus próprios recursos econômicos uma defesa técnica particular deve seguir contando com meios suficientes para que essa assistência continue; no entanto, se estiver privada de liberdade, a possibilidade de manter recursos próprios se reduz, especialmente nos casos em que dependem de seus salários.

Pelo anterior, a mesma legislação processual previu que, quando uma pessoa estiver privada de liberdade e requerer um defensor e não o tiver ou não puder pagá-lo, atribuir-se-á um advogado defensor público. Para o efeito, qualquer funcionário público e inclusive qualquer particular poderá fazer o requerimento em seu nome (LSDPP, art. 6°, e CPP, art. 492). Sobre esse direito na fase de execução, ver adiante o ponto 3.5.

3.4 Direitos relativos à efetiva defesa criminal

3.4.1 Direito a investigar o caso e a propor provas

A Constituição Política é genérica ao afirmar o direito da pessoa à defesa (art. 12); contudo, é lógico derivar dela o direito a contribuir com provas em julgamento. Resulta claro pensar que alguém que é ouvido tem conhecimento pleno da situação em que se encontra —conhece os motivos pelos quais está sujeito a um processo penal— e, especialmente, tem a possibilidade de refutá-la, passiva ou ativamente.

107 CPP, art. 492.

108 LSDPP, art. 33. Segundo dados oficiais da instituição (por meio de sua página eletrônica), de 66.316 ações que litigou o IDPP durante 2012, 2.214 correspondem genericamente a incidentes (ações em fase de execução penal), quer dizer, 3,3%.

Por conseguinte, deve conhecer perfeitamente a acusação que o MP lhe faz, para se centrar nisso.

Nesse contexto, deve entender-se o artigo 315 do CPP, quando indica que, durante a etapa preparatória, o acusado, seu advogado ou seu mandatário podem propor diligências de prova em todo momento. Será o MP quem decidirá se estas são úteis e pertinentes, devendo fazer constar sua posição em caso negativo. Se o anterior acontecer, a parte acusada pode recorrer ao juiz corregedor da investigação para que ordene que se pratiquem ditas diligências. O MP é o ente que dirige a investigação criminal e, para efeitos da prova científica, serve-se do INACIF.

No entanto, se a parte acusada tiver meios idôneos a seu favor, pode realizar uma investigação paralela. Ela tem a permissão de propor, durante a etapa intermediária, os meios de prova que considerar apropriados; aceitos estes pelo juiz corregedor, passarão a ser conhecidos e avaliados em debate oral e público.[109] Cada uma das provas de acusação como as exculpatórias podem ser questionadas por cada parte processual. O acusado também pode dedicar-se a questionar a veracidade e coerência da acusação contra si; pode pedir o arquivamento ou a extinção do processo, ao considerar que a investigação não é sólida e que as questões levantadas na acusação não poderão ser provadas em julgamento.

A todas as diligências que realizar a parte acusadora —ainda naquelas declaradas com caráter de urgência—,[110] o acusado e/ou seu defensor terão acesso irrestrito,[111] sob a responsabilidade do juiz. Em qualquer caso, a obrigatoriedade da presença da parte acusada e inclusive sua capacidade probatória se veem beneficiadas em procedimentos específicos, como o adiantamento de prova.[112] Leve-se em conta que a pessoa não pode ficar sem defensor em nenhum momento, portanto, em casos de extrema urgência, ainda contando com defensor particular, ordenar-se-á um defensor de ofício para que controle os atos de diligências de provas.[113]

109 CPP, art. 339.

110 Em casos de urgência extrema ou quando a pessoa acusada não estiver completamente definida, o juiz poderá praticar a diligência solicitada pelo MP, porém fazendo-se acompanhar por um defensor público (CPP, art. 318).

111 CPP, art. 316.

112 Esta consiste na faculdade das partes de pedir ao juiz o diligenciamento de alguma prova que não admita dilação antes do debate, sob risco de perdê-la, ou que seja impossível de reproduzir em debate, ou quando a pessoa que a provê não puder se apresentar justificadamente no julgamento (CPP, art. 348).

113 Quando uma diligência de prova —ou em geral qualquer ato processual— se vê marcada por ausência de defesa, sem prejuízo das responsabilidades que se gerem para os responsáveis, ela deve ser suspensa.

A legislação prevê suficientes ferramentas e garantias à parte acusada para exercer seu direto material de defesa, o que lhe possibilita propor provas exculpatórias. Contudo, na prática, ocorrem situações que inviabilizam dito direito.

Um exemplo do anterior está dado pela capacidade econômica do acusado.

O IDPP contava, em junho de 2013, com só três assessores específicos para investigação, o que supõe, sobretudo em delitos complexos, que as defensoras e os defensores (sobrecarregados de trabalho) não contam com eles totalmente e, consequentemente, devem assumir uma atitude passiva orientada a esperar afastar as pretensões da Procuradoria. Da mesma maneira, os defensores públicos se queixam de que o INACIF responde às solicitações do MP em termos pouco claros (pois não existem protocolos de investigação universais) e da tendência de seus peritos a não ratificar suas perícias, devido à demora para os processos chegarem a debate, quando, às vezes, já não trabalham na instituição. Diante disso, em debate só se pode assumir uma atitude que apele ao *in dubio pro reo,* mas não a uma ativa defesa material.

Isso acontece, em grande medida, com quem tem recursos econômicos para ter um defensor particular, mas não conta com o suficiente para pagar investigadores particulares ou para fornecer provas que implicam custos muito elevados. Inclusive os defensores particulares consideram que o direito a propor provas às vezes se vê restrito porque o indiciado/acusado está em privação de liberdade e porque sua família não o apoia (pela razão que for). Assim, o litigante se vê obrigado a assumir o papel de procurador de documentos ou investigador, função para a qual não foi contratado, ou carece do tempo ou da experiência necessária.

A situação contrária se dá com as pessoas que contam com abundantes recursos materiais, as quais propõem provas muito caras e sofisticadas, como a reconstrução de cenas do crime com maquetes (avalizadas por arquitetos especialistas) ou inclusive recriações virtuais de fatos. Há desigualdade entre ricos e pobres nesse sentido.

Outro elemento que afeta o processo penal em seu conjunto, mas que é particularmente grave quando acontece com o acusado, é a suspensão de audiências. Devido à precária condição econômica da maioria de guatemaltecas e guatemaltecos, tomar um dia livre para apresentar-se como testemunha é um esforço enorme. Quando nos tribunais ocorre uma má distribuição de agenda —casos complexos cujas audiências têm uma duração maior do que o prazo que foi designado— ou os procuradores não se apresentam, o esforço das testemunhas se multiplica.

A situação desse direito é grave no caso das pessoas privadas de liberdade provisoriamente —já que dependem absolutamente de quem está fora dos muros da prisão—, pois seus defensores públicos têm raras possibilidades de visitá-las —às vezes, pela carga de trabalho, apenas uma vez durante todo o período de investigação. Além da grande quantidade de casos designados, os acusados que defendem estão reclusos em diferentes centros, distantes entre si. É verdade que as defensoras e os defensores programam visitas para conversar com os detidos, mas também que existem péssimas condições de confidencialidade para falar sobre estratégias de defesa.

3.4.2 Direito a contar com tempo suficiente e possibilidades para preparar a defesa

A Constituição Política não expressa concretamente que as pessoas devem contar com prazo suficiente para preparar sua defesa; todavia, em seu artigo 12, estipula-se claramente que ela é inviolável. Consequentemente, é necessário considerar alguns elementos secundários para interpretar esse direito nesse sentido: os prazos legais, os sistemas de gestão de casos nas instituições, as possibilidades econômicas das pessoas e inclusive a carga de trabalho das funcionárias e dos funcionários. Esses fatores não podem ser analisados separadamente, portanto se tratará de conjugá-los para explicar como operam na prática.

Segundo as normas constitucionais, uma pessoa detida deve ser apresentada em juízo em um lapso não maior de seis horas, e se permitirá que preste seu primeiro depoimento em no máximo 24 horas.[114] Quando se trata de tribunais de 24 horas ou de plantão, acontece frequentemente que uma pessoa detida tenha defensor público designado apenas momentos antes de que se efetue a audiência, isto é, sem tempo suficiente para se informar do caso. Se uma mudança de turno o exigir, a pessoa prestará seu primeiro depoimento quando estiver começando o novo turno, fazendo com que o novo defensor público conte praticamente com minutos para assessorar seu assistido. Também ocorre de policiais encarregados das carceragens dos fóruns impedirem que os advogados tenham acesso a seus defendidos nesse lugar, portanto reduzindo o tempo disponível para que uma entrevista efetiva enquanto o juiz a autoriza. Segundo um juiz criminal consultado,

114 Constituição Política da República da Guatemala, arts. 6° e 9°.

isso tem melhorado já que os juízes têm repreendido os agentes que, alegando razões de segurança, restringem esse direito.[115]

Uma vez imposta a medida de coerção, decreta-se o processamento e, a partir disso, a Procuradoria conta com um prazo formal de três meses para investigar e promover a acusação, mesmo tempo com que conta a defesa para elaborar sua própria teoria do caso. Se a pessoa ficar sujeita à prisão preventiva, ficará em situação de dependência total de seu defensor e sua família, caso tenha. Se o advogado for público, existe o agravante de que é responsável por, pelo menos, 45 a 60 pessoas mais, em idênticas ou mais complexas situações. Os defensores públicos garantem que, se possuem tantos casos em suas respectivas mesas de trabalho, semanalmente dispõem só de algumas horas para visitar as pessoas detidas, recolhidas em diferentes cárceres. Por ser materialmente impossível para a defesa pública realizar uma investigação própria, o fato de a Procuradoria pedir uma extensão de três meses para investigar (o que é uma prática sistemática) prejudica o detido, visto que significará mais tempo de detenção sem que mudem as condições materiais de assistência. Na prática forense, se, ao término da extensão do prazo para investigar a Procuradoria não tiver ainda uma investigação sólida, a defesa técnica solicita a extinção (cessando, se houver, a prisão preventiva) ou o arquivamento do processo. Ainda que isso se cumpra, comumente as pessoas se encontram sujeitas à prisão preventiva por mais de seis meses porque acontece repetidamente que as audiências se suspendem e sejam reagendadas, às vezes, para um ou até três meses depois.

Em geral, então, as defensoras e os defensores consideram que há tempo suficiente para construir sua defesa, pois a maioria das provas que fornecem são testemunhos ou documentos, enquanto a prova científica é fornecida pelo Inacif, que responde a solicitações da Procuradoria. Uma das vantagens com que contam os defensores públicos é sua experiência, o que constitui a única garantia para refutar as pretensões dos procuradores já que conhecem os defeitos gerais do sistema de investigação criminal —forma de apresentá-la, tipo de resultado etc. — e da forma de litigância dos procuradores.

115 Tem-se conhecimento, graças a entrevistas com advogados particulares, que fora dos tribunais (penais) na capital há advogadas e advogados —às vezes estudantes de direito— esperando pessoas detidas, levadas a depor, para oferecer seus serviços a um custo relativamente baixo. Contudo, esses advogados, em muitos casos, enganam as famílias de seus clientes ao cobrarem honorários por atuações que na prática não realizam ou realizam sem determinação. O resultado é que as famílias gastam dinheiro e, ao não verem resultados, terminam passando a outros defensores particulares, o que reduz o tempo que se tem para começar uma defesa técnica estratégica. Não se tem conhecimento de que existam investigações sobre esse assunto ou que os julgadores o considerem.

Outrossim, no caso das pessoas que podem pagar uma defesa particular, a capacidade de mobilidade dela depende em grande medida dos recursos disponíveis. A atenção pode ser individualizada e o tempo suficiente, mas há diligências probatórias complexas e específicas as quais só se pode acessar dependendo da Procuradoria —auxiliada pelo Inacif.

As defensoras e os defensores públicos consultados afirmam que em várias oportunidades lhes designaram a representação de dois ou mais acusados —com dois ou mais delitos cada um— e, às vezes, inclusive lhes designam a defesa de "quadrilhas" completas —uma defensora relatou que uma constava de mais de 20 integrantes, ainda que no fim tenha sido acompanhada por outro defensor. Essa situação faz com que os prazos processuais se tornem insuficientes, mas, sobretudo, prejudicam a elaboração de uma defesa pertinente para cada delito e caso particular em questão.

Aos juízes consultados foi perguntado como avaliavam a ação do IDPP e foi majoritária a afirmação de que se consideram litigantes com grande experiência. Um, pelo contrário, disse que, em geral, as advogadas e os advogados da Guatemala têm graves deficiências em técnicas de litigância oral, que leem documentos em audiências e que não possuem um argumento coerente para propor —uma explicação que os mesmos defensores expõem é que não se pode litigar com habilidade quando se desconhecem os detalhes do caso devido à grande carga de trabalho.

3.4.3 Direito à paridade de armas na produção e no controle das provas e em desenvolvimento das audiências públicas e contraditórias

A Constituição Política não estabelece taxativamente a paridade de armas quanto ao sistema probatório, salvo que se faça uma interpretação extensiva da fórmula genérica do direito a ser "ouvido e condenado em julgamento", contida no artigo 12 da Constituição, já que ninguém pode ser efetivamente condenado se careceu da oportunidade de fornecer as provas necessárias para contestar as pretensões do acusador. No plano da lei processual, como se expôs na seção anterior, a defesa tem garantida formalmente a capacidade de promover as diligências probatórias que considere pertinentes e de participar sem restrição alguma das que propuser a contraparte, durante a etapa de investigação.[116]

116 CPP, art. 315.

Mas o controle da prova supera o fato de estar presente durante as diligências, pois as partes do processo também estão facultadas a consignar seus comentários durante a realização do ato. Quando uma prova tiver de ser antecipada, exige-se a assistência do juiz e do acusado ou seu advogado representante. Se a pessoa se encontrar detida e precisar estar na antecipação de prova, tem a faculdade para pedi-lo.[117] Os advogados entrevistados aduziram que sim, se permite a participação do defensor, mas raras vezes a do acusado, especialmente se estiver na prisão.

Leve-se em conta que na Guatemala os métodos especiais de investigação — operações encobertas, interceptações telefônicas, entregas vigiadas etc. — foram regulados somente em 2006,[118] por isso não existe uma cultura de conhecimento generalizado sobre como deve funcionar essa questão. Dos advogados particulares consultados, por exemplo, nenhum tinha participado de um processo no qual se utilizou esse tipo de método. Contudo, a lei estabelece medidas estritas relativas à capacidade dos investigadores para solicitá-las, a irrestrita confidencialidade dos dados obtidos e, sobretudo, a vigilância judicial a respeito da correção de motivos para solicitar ditas medidas, procedimentos utilizados e resultados, segundo apontou um juiz criminal consultado.

As provas que se avaliarão durante o julgamento são apresentadas primeiro na audiência que dá fim à etapa intermediária. Nela, a Procuradoria oferece provas e informa como as apresentará, e a defensora ou o defensor tem a faculdade de se manifestar a respeito, antes que o julgador decida se as aceita ou rejeita.[119] Essa audiência, informaram os defensores, acontece sempre em sua presença e nela podem sinalizar defeitos e requerer ao juiz para que não permita que as provas obtidas falsa ou incorretamente sejam admitidas.

Finalmente, durante o debate, a presença do acusado e a de seu defensor é obrigatória. No transcurso do debate, a defesa, além de apresentar seus meios de prova, pode contra-argumentar a veracidade dos da procuradoria e do assistente de acusação. Caso sejam testemunhas ou peritos, o acusado pode apresentar um contraexame.[120] Existe legalmente a figura do consultor técnico, que é um especialista —em técnicas, ciências ou artes—, proposto pela defesa para que interrogue um perito da parte acusadora e, inclusive, para que dê sua interpretação das conclusões

117 CPP, arts. 316-317 e 348.

118 Lei contra a delinquência organizada, Decreto 21/2006 do Congresso da República.

119 CPP, art. 343.

120 CPP, art. 378.

deste.[121] Todavia, este é um exemplo típico de um direito que só pode ser utilizado por pessoas com altos recursos econômicos.

3.4.4 Direito a contar com um intérprete de sua confiança e à tradução dos documentos e provas

Os atos processuais na Guatemala se devem realizar em castelhano; contudo, devido à condição multilíngue do país e considerando a condição de pessoas estrangeiras, o direito a contar com um intérprete surge do imperativo constitucional do devido processo (CPRG, art. 12). A legislação processual desenvolve esse direito quando expressamente permite ao acusado ser assistido por um intérprete de sua confiança ou que se designe um de ofício quando carecer dele e for preciso para compreender e fazer-se compreender nas diligências ou audiências. O risco de não observar esse princípio pode levar, por exemplo, a que um depoimento assim obtido torne-se inadmissível.[122]

Como se indicou, o IDPP conta com 15 defensorias étnicas e não tem tradutores para idiomas estrangeiros. Pelo menos, nove idiomas indígenas nacionais não podem ser atendidos por intérpretes especificamente contratados para isso já que só há 13 em toda a República; portanto, se o tribunal ou a Procuradoria não dispuser de um tradutor especializado, tem que se solicitar o apoio da Academia de Línguas Maias da Guatemala. Os defensores públicos consultados concordam que conseguir dito apoio se converte em um procedimento "burocrático". Na prática, garantem autoridades do IDPP, solicita-se apoio a membros das comunidades para que vão traduzindo o que for informado ao detido —especialmente em casos de primeiros depoimentos— e o que responder se quiser fazê-lo —sempre há um defensor técnico a seu lado. Os tradutores ou intérpretes também podem atuar como consultores técnicos da defesa e referir-se à prova de que se tratar.[123]

A respeito de idiomas, provas e documentos, a lei processual estabelece duas circunstâncias: a) quando as provas estiverem em idioma diferente do espanhol, deverão ser traduzidas ao castelhano para o juiz e as outras partes; b) quando a pessoa não compreender o idioma castelhano, deverá ser informada em seu idioma sobre o

121 CPP, art. 376.
122 CPP, arts. 90 e 91.
123 CPP, art. 141.

conteúdo daquelas.[124] Esses preceitos também se estendem às pessoas surdas-mudas que não puderem expressar-se por escrito. Ainda que os advogados defensores consultados exerçam sua profissão predominantemente na capital, informaram que não têm conhecimento de que esse direito seja violado. Para o caso das pessoas pertencentes aos povos indígenas, ver mais amplamente o ponto 3.6.

3.5 Direito de defesa durante a execução da pena[125]

A Constituição Política da República (art. 19) e a Lei do Regime Penitenciário (LRP)[126] ordenam à Direção-Geral do Sistema Penitenciário (DGSP) a custódia das pessoas privadas de liberdade, tanto em situação de privação provisória de liberdade quanto as condenadas com sentença transitada em julgado. Para efeitos desta seção, far-se-á referência exclusivamente ao segundo tipo de população.

No que tange ao regime constitucional, ele ordena que todo privado de liberdade tem direito a se comunicar quando o solicitar, dentre outros, com seu advogado defensor (art. 19); a normativa processual, por sua vez, regula que o direito de defesa da pessoa sentenciada é inegável: preceitua que toda pessoa privada de liberdade deve contar com um advogado de sua confiança, particular ou de ofício, para que a assessore em matéria de direitos que a assistem de acordo com seu estatuto jurídico. [127] A lei penitenciária reconhece esse preceito, outorgando à pessoa privada de liberdade uma série de direitos e obrigações e, sobretudo, regulando o tratamento que se deve dar por parte das autoridades para cumprir com os fins de reeducação social e readaptação.[128]

A respeito da defesa de seus direitos, podem apresentar-se dois casos em que ela deve estar garantida.

a) Quando se tratar de controle da execução para ter acesso a benefícios penitenciários (como, por exemplo, a redução de penas).[129]

b) Quando existirem sanções administrativo-disciplinares que restrinjam direitos.

124 CPP, arts. 142 e 143.

125 Para compreender esse aspecto foi consultado o especialista Gary Estrada, coordenador da linha programática de Pessoas Privadas de Liberdade e Direitos Humanos do ICCPG.

126 Decreto 33/2006 do Congresso da República. Administrativamente, a DGSP é uma dependência do Ministério do Interior, parte do organismo executivo.

127 CPP, arts. 492 e ss.

128 LRP, arts. 2°, 3°, 12 e ss.

129 O procedimento de incidentes é o utilizado para tratar temas de execução ou extinção da pena.

A lei estabelece que, no primeiro caso, o procedimento se realiza perante juiz de execução, por meio do procedimento denominado "de incidentes", com o auxílio necessário de um defensor técnico; para o segundo, em contrapartida, "não será necessária a defesa técnica" e ocorrerá perante as autoridades penitenciárias.[130]

Quanto ao processo de execução, é notoriamente deficiente. Isso porque não existe um autêntico processo oral e contraditório, no qual subjaza informação para tomar decisões. Baseia-se mais na avaliação de relatórios do Sistema Penitenciário — processos gigantescos, conferidos por grupos interdisciplinares que muitas vezes nem sequer se encontram permanentemente nos centros ou em contato com o privado de liberdade. Além disso, existem somente três tribunais colegiados de execução em todo o país (seis julgadores no total), responsáveis por 7.449 pessoas sentenciadas (segundo dados oficiais da Direção-Geral do Sistema Penitenciário —DGSP— para junho de 2013), fazendo com que a cada julgador caibam aproximadamente 1.246 pessoas. Cada pessoa privada de liberdade requererá durante o tempo que estiver sentenciada pelo menos uma redução de pena por bom comportamento, solicitações várias (para sair do centro, por exemplo) ou transferências. É importante agregar que dessas audiências somente participam juiz, advogado defensor e MP, nunca o sentenciado.

A execução da pena eficiente é importante porque permitirá ao Sistema Penitenciário libertar-se da elevada superlotação em que se vê imerso. Segundo informou a própria entidade, em 2011 se viu ultrapassado em 94% de sua capacidade de atendimento, cifra que vem aumentando. O fato de que haja procuradores —e ainda juízes— que se oponham a que as sentenciadas e sentenciados obtenham redução de penas deve-se, em grande parte, a desconhecerem essa grave situação estrutural de colapso dos cárceres. Leve-se em conta que os procuradores não conhecem as cadeias e que os juízes não as visitam com regularidade. Além disso, cada centro contempla uma realidade e dinâmica diferente da dos outros: relações de poder externo-interno, formas em que se apresenta a corrupção, desordem administrativa etc.

Na realidade, a defesa material durante essa fase somente pode exercer-se por meio da defesa técnica, porque o procedimento é muito burocrático e as condições o impedem absolutamente. Nos centros de privação de liberdade não há condições dignas para as pessoas e muito menos há para que possam ter acesso a seus relatórios respectivos, sem os quais não se pode realizar nenhuma petição ao juiz. Ainda quando podem ter uma cópia ao alcance imediato, alegando condições de segurança, o sistema

130 LRP, arts. 90 a 93.

de justiça não lhes possibilita, como se apontou, apresentar-se no fórum para fazer suas reclamações e solicitações pessoalmente.

Quanto ao processo por sanção administrativo-disciplinar, o fato de que fique excluído do controle jurisdicional e que "não seja necessária" a participação do defensor atesta a arbitrariedade do Sistema Penitenciário. Primeiramente, porque o sistema disciplinar está estritamente centrado no castigo imposto, de um lado, pela autoridade administrativa e, por outro, pelos próprios privados de liberdade. O especialista consultado informa que não existe uniformidade no que se refere a regulamentos disciplinares em cada centro e houve castigos, inclusive, de falta de comunicação, individual e coletiva, por razões de "segurança". Nos centros, geralmente os reclusos se dividem por setores e em cada um deles há réus que ostentam um poder excessivo sobre seus colegas, convertendo-se nos encarregados da disciplina, sob a permissividade dos guardas e com a aquiescência dos diretores.

A respeito dos outros direitos, não existem cartilhas que se apresentam aos reclusos no momento de ingressar em um centro; permite-se o acesso dos defensores a seus defendidos, mas não em condições que garantam a confidencialidade já que a entrevista se realiza em espaços públicos às vezes rodeados de agentes de segurança.

3.6 Direito de defesa relativo aos povos indígenas[131]

O sistema de justiça criminal em seu conjunto não está preparado para a abordagem da realidade pluricultural da Guatemala. O sustento constitucional para compreender esse tema se encontra nos artigos 12 —direito de defesa—, 44 —direitos inerentes à pessoa, reconhecidos em virtude do direito internacional, ainda que não se expressem taxativamente na própria Constituição e nas leis— e 58 —identidade cultural dos povos indígenas, dentre os quais destaca, obviamente, seu sistema de valores, suas práticas e suas próprias formas de organização social; esses elementos envolvem as práticas do direito indígena.

O direito a ser condenado unicamente se tiver sido ouvido e condenado em julgamento justo é inalienável. Todavia, ouvir uma pessoa só se materializa se se estabelece que houve clareza perfeita entre o que se disse (indiciamento, acusação

131 Para esta seção, consultou-se o especialista Juan Santiago Quim, que comenta que a categoria de povos indígenas é correta já que se assumiu assim politicamente durante os últimos anos, ainda que também se aceite a categoria de povos originários (preexistentes a uma invasão como aconteceu na Guatemala). Esse debate é muito adequado para os povos xinka e garífuna visto que em seu interior se discute que não são preexistentes à invasão espanhola, mas que possuem traços culturais, valores e outros elementos identitários próprios.

etc.), o que ela entendeu e o que respondeu (declaração, defesa material). E essa clareza não se limita somente a aspectos idiomáticos, mas também se refere à pertinência cultural com que essa informação é assumida por parte da pessoa. Por isso, não se pode aduzir que alguém foi efetivamente ouvido só porque, além de sua língua materna, fala (mais ou menos) castelhano; não é mecânica a relação entre tradução de palavras e compreensão do mundo. Por essa razão, o Estado deve estar preparado não só para traduzir fidedignamente à população indígena que habita em seu território, mas, sobretudo, para se comunicar com ela, sem barreiras culturais.

Existem regras específicas derivadas da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, ratificado pela Guatemala. Nela se reconhece que os povos indígenas possuem sua própria cosmovisão e que devem ser julgados segundo sua própria realidade e contexto (político, social e cultural). Deve-se entender, portanto, que, para julgar uma pessoa indígena, há de fazê-lo em seus próprios termos e não com critérios oficiais, ainda que sejam predominantes. Um dos principais problemas que se desprendem disso se refere ao cárcere não ser uma circunscrição própria, eficiente e legítima reconhecida pelos povos indígenas, ou seja, é incompatível com sua identidade cultural.[132] Para isso, devem gerar-se mecanismos culturalmente apropriados.

Outro aspecto relativo à defesa da pessoa é a relatividade cultural do lícito e o ilícito.[133] Nesse tipo de situação, ainda em ações declaradas ilícitas, mas que se praticam no exercício pleno do direito à identidade cultural, não procede a criminalização; as e os procuradores, indicou o especialista consultado, em conformidade com os compromissos decorrentes da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, devem abster-se da persecução penal e o Judiciário, de conhecer esse tipo de caso. A maneira correta de determinar que uma situação se apresenta em conformidade com essas proposições é a perícia cultural. Por outro lado, o IDPP indica que possui uma coordenação de enfoque intercultural, que gera processos de sensibilização das defensoras e dos defensores, e promove o uso dessas perícias culturais para a defesa de pessoas indígenas perante o sistema oficial. Não se

132 Somado ao grau de violência e alienação pessoal e coletiva que produz a prisão. Quer dizer, o cárcere nem sequer deveria ser pensado como uma possibilidade para as pessoas indígenas, nem sequer como pena principal derivada de uma sentença transitada em julgado.

133 Dois exemplos disso são a tipificação da venda de licor denominado clandestino, mas na realidade feito nas comunidades para usos cerimoniais; ou a tipificação de saque de monumentos arqueológicos, quando muitas peças servem aos líderes religiosos para exercer sua espiritualidade. A última situação é mais injusta quando é conhecido que muitos museus privados e coleções particulares possuem, por sua vez, valiosíssimas peças, que expõem sem que se investigue sua procedência. Claramente há uma forte carga de racismo entre perseguir penalmente um guia espiritual indígena, mas não um financista de projetos culturais.

trata de um uso generalizado, mas há casos paradigmáticos nos quais esse meio tem sido satisfatório para absolver os indígenas.

Na prática comum, não se observa o direito à defesa criminal efetiva das pessoas pertencentes aos povos indígenas quando são julgados por delitos que para elas não significam tal situação e/ou são condenadas a penas que não têm pertinência cultural. Isso, somado a que serem julgadas em um idioma que não é o delas, ainda que o conheçam. Apesar de não existirem instituições especializadas que deem assessoria jurídica penal gratuita a acusados pertencentes a povos indígenas, o IDPP conta com uma unidade (defensorias indígenas) que compartilha esses critérios e zela para que sejam aplicados, muito embora procuradores e juízes não o considerem nem exista uma política nacional para sensibilizar os funcionários nessa matéria.[134]

Na vida cotidiana, muitas comunidades indígenas contam com suas próprias autoridades. Elas sabem sobre os conflitos em seu território e resolvem-nos de acordo com o sistema indígena. Tem sido difícil fazer entender que, nesse tipo de casos, uma persecução penal já não procede, em virtude do princípio *non bis in ídem,* o qual se reconheceu como critério de julgamento pela Câmara Penal da Suprema Corte de Justiça, mas poucas vezes por parte dos juízes locais.[135]

4. A cultura profissional das advogadas e dos advogados defensores

Na Guatemala, todo advogado registrado e ativo pode atuar indistintamente em qualquer âmbito do direito; não precisa de nenhum registro especial para o litígio em matérias penal. Está obrigado por mandato constitucional[136] a fazer parte de uma associação profissional: a Associação de Advogados e Tabeliões da Guatemala

134 Segundo indica o especialista, na Guatemala existe a possibilidade de que uma pessoa seja julgada em seu idioma, mas os procuradores e juízes não conhecem o idioma da região. Da mesma maneira, não existem tribunais *ad hoc* nem procedimentos específicos para pessoas indígenas, nem quando acusado e vítima pertencem à mesma etnia.

135 O *Caso Chiyax* representa um fato paradigmático; em 2003, quando o juiz de primeira instância penal decretou o arquivamento e interrupção de toda medida cautelar (prisão preventiva no caso particular) contra pessoas pertencentes ao povo indígena maia k'iche', argumentando que já tinham sido julgados por regra em conformidade ao direito indígena. E.312.2003 Of. 6o. Tribunal de Primeira Instância Penal, Narcoatividade e Delitos contra o Ambiente do Departamento de Totonicapán, 25 de junho de 2003. A resolução na íntegra pode ser consultada em uma compilação de resoluções em conformidade ao direito indígena, do Centro Nacional de Análisis y Documentación Judicial. Disponível em: http://www.oj.gob.gt/es/QueEsOJ/EstructuraOJ/UnidadesAdministrativas/CentroAnalisisDocumentacionJudicial/resoluciones/resoluciones%20indigenas.pdf.

136 Constituição Política da República da Guatemala, art. 90.

(Cang, em sua sigla em espanhol). Esse é um requisito, dentre outros, para exercer a profissão.[137]

O CANG rege-se pela Lei de Associação Obrigatória[138] e por seus próprios estatutos e regulamentos. Neles, considera-se que dita associação existe para garantir que os profissionais do direito exerçam sua profissão com estrito apego à Constituição, com justiça, equidade, responsabilidade e ética. É por isso que a instituição mantém um Tribunal de Honra, órgão disciplinar que deveria zelar pela ética profissional dos colegiados. A finais de 2012, autoridades desse tribunal informaram que 17% dos 16 mil profissionais do direito na Guatemala (nessa época) tinham sido sancionados por faltas éticas e, pelo menos, 34% foram objeto de investigação.[139]

Existe um Código de Ética Profissional que contém uma série de princípios que visam a orientar o correto desempenho do serviço profissional das advogadas e dos advogados. O princípio da lealdade é um dos mais relevantes para os clientes dos profissionais do direito, ao garantir a fidelidade à justiça e a seu cliente, resguardando o segredo profissional. Além disso, essa normativa ética exige a defesa dos pobres e impõe a obrigação às advogadas e aos advogados de defendê-los gratuitamente, em conformidade com a lei, quando o solicitarem ou recair sobre eles a defesa de ofício.

Um aspecto que é imprescindível mencionar se refere a que o Cang, apesar de ser um órgão associativo em prol do aperfeiçoamento técnico de seus associados, possui amplas atribuições que o fazem se imiscuir fortemente na vida política do país[140] —

137 O artigo 196 da Lei do Organismo Judicial, Decreto 2/1989 do Congresso da República da Guatemala, estipula como requisitos para exercer a profissão de advogado: obter o título correspondente, ser associado ativo, estar inscrito no Registro de Advogados da Suprema Corte de Justiça, estar no gozo de direitos cidadãos e não ter vigente nenhum tipo de suspensão.

138 Decreto 72/2001 do Congresso da República da Guatemala.

139 Dados proporcionados à Agência Guatemalteca de Notícias. Disponíveis em: http://www.agn.com.gt/index.php/world/fashion/item/1017-colegio-de-abogados-sanciona-a-m%C3%A1s-de-2-mil-profesionales-del-derecho. Ante a falta de dados oficiais a respeito do motivo de sanções às e aos profissionais, consultaram-se advogados litigantes, que fizeram duas observações ao respeito: a) a associação profissional abrange tanto a advocacia como o tabelionato, pelo que uma proporção dessa porcentagem devém do defeituoso exercício tabelional; b) acontece reiteradamente que advogados litigantes não assistam a audiências e não se escusem, pelo que os julgadores declaram abandono de defesa e dão aviso ao Tribunal de Ética para que emita a sanção respectiva. Em geral, as sanções são: advertências privadas, advertências públicas, suspensão temporal e suspensão definitiva (Estatutos da Associação de Advogados da Guatemala). No caso das suspensões, as decisões devem trasladar-se ao pleno da assembleia geral de profissionais, o que torna impossível que possam concretizar-se, devido à crescente apatia que existe entre as advogadas e os advogados, e ao forte sentido de proteção classista que ainda existe.

140 Situação que se estende às faculdades de Direito do país, principalmente à Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidad de San Carlos de Guatemala, única universidade pública e autónoma.

tanto o presidente da entidade de classe quanto o do Tribunal de Honra e alguns de seus membros eleitos para representações *ad hoc*. Por isso, há uma ingerência da associação profissional em conselhos permanentes ou em comissões periódicas encarregadas de elaborar listas das advogadas e dos advogados que poderão ser elegíveis para ocupar os cargos de Procurador-Geral da República, desembargadores e membros da Suprema Corte de Justiça, magistrados da Corte de Constitucionalidade e diretor ou diretora do IDPP, dentre outros. Essa situação tem gerado uma politização da vida associativa, a ponto que, quando há eleições para o conselho diretivo, é possível observar enormes campanhas políticas, as quais geram gastos enormes em propaganda e até espaços na imprensa escrita, na rádio e televisão.

A situação anterior, além de prejudicar a transparência dos processos de seleção de importantes cargos como os já citados, redunda em prejuízo direto para as associadas e os associados, já que as autoridades da Associação se preocupam menos com suas verdadeiras funções ligadas a questões culturais, acadêmicas, morais etc. Salvo declarações esporádicas, as autoridades do CANG têm estado ausentes quando alguns de seus membros têm sido publicamente atacados; este é o caso dos juízes e das juízas do tribunal de sentença de maior risco —que julgaram o caso de genocídio do povo ixil, que chegou a uma sentença condenatória contra o ex-ditador general Efraín Ríos Montt, porém, posteriormente, foi anulada pela Corte de Constitucionalidade—, e que foram insultados pública e reiteradamente por parte de advogados defensores dos ex-militares.

Além disso, segundo as advogadas e os advogados entrevistados para a presente pesquisa, o fator econômico repercute consideravelmente na prestação de uma defesa criminal efetiva. Tanto as advogadas e os advogados particulares quanto aqueles que prestam uma defesa pública coincidem em afirmar que existe uma vantagem para as pessoas que contam com recursos econômicos suficientes no momento de conseguir uma defesa criminal, em comparação às pessoas pobres ou de escassos recursos econômicos. De acordo com os advogados da defesa pública penal, devido à sobrecarga de trabalho, não podem oferecer uma defesa criminal ótima e especializada a cada caso em particular. Outrossim, as advogadas e os advogados particulares argumentam que o serviço de defesa criminal que exercem a favor de seus defendidos depende em grande medida da quantidade de dinheiro que lhes paguem.

A respeito do aperfeiçoamento, além da formação universitária, que é muito básica e centralizada no conhecimento de leis —em detrimento da prática forense, técnicas de litigância, doutrina e análise integradora da norma, jurisprudência e

pesquisa jurídica—, cada defensor particular deve procurá-lo por seus próprios meios. Assim, existe certa vantagem para os servidores públicos da defesa criminal devido ao constante aperfeiçoamento que obtêm por meio da instituição —exclusivo para seus membros—, o qual lhes permite estar atualizados com as reformas penais (leis) e fortalecer-se no exercício prático da profissão. A entidade de classe gere diferentes cursos de extensão e congressos, ainda que não conte com programas permanentes de formação profissional para seus membros.

As defensoras e os defensores se qualificam a si mesmos como garantidores dos direitos e interesses de seus clientes ou defendidos; aduzem que são as pessoas chamadas a advogar para que se respeite a quem se acusar de cometer algum fato delitivo. Garantem que têm clara a importância do papel que exercem, o qual pode chegar a representar um compromisso moral para conseguir uma defesa criminal ótima. Consideram que fatores externos, como corrupção do sistema de justiça em geral, violação dos direitos humanos, falta de recursos materiais e de tempo, entre outros, desvirtuam em grande medida o cumprimento de uma defesa criminal efetiva; um advogado penalista em entrevista para esta pesquisa chegou a afirmar que em alguns sentidos se considera que o melhor penalista não é o que mais conhece o direito, mas sim o que tem bons contatos dentro do sistema de justiça criminal e sabe usá-los a favor dos casos que litiga.

Segundo as defensoras e os defensores, é um erro comum considerar que a eficácia do sistema de justiça criminal se manifesta no maior número possível de pessoas privadas de liberdade por sentença condenatória.[141] Segundo eles, isso afeta seu trabalho e sua imagem pública porque socialmente são tratados como "libertadores do delinquente" quando conseguem sentenças absolutórias. Concluem que defesa criminal efetiva é aquela que se exerce utilizando todos os mecanismos legais existentes para a defesa de direitos e garantias, sem impedimentos ou discriminação de nenhum tipo. A essa importante conclusão haveria que agregar que uma defesa criminal é efetiva quando o anterior é factível, mas também quando tudo isso acontece sob o controle e a fiscalização ativos da pessoa acusada, para que se sinta cuidada e satisfeita com o conjunto de ações de defesa que a favoreceram.

141 Nesse sentido, cabe a crítica às instituições (Polícia Nacional Civil, Ministério Público e Judiciário), já que utilizam sistemas de avaliação de desempenho que atendem primordialmente critérios quantitativos (refletidos em estatísticas): números de apreensões, acusações ou sentenças ganhas. O anterior vai de encontro ao contexto de criminalidade na Guatemala e das condições particulares das pessoas.

5. Compromissos políticos para uma efetiva defesa criminal

A história recente da Guatemala é uma amostra de uma dinâmica social que favorece os privilégios de um minúsculo setor da população, situação garantida pelas diferentes instituições que conformam o Estado. Estas são as principais causas do conflito armado interno que assolou o país e, ao ser concluído, identificou-se que seguiam sendo as mesmas com as quais se começava a era do pós-guerra.[142] Por isso, um dos principais acordos de paz é o que chama ao fortalecimento do poder civil, principalmente do Poder Judiciário, responsável por administrar justiça e por zelar pela aplicação democrática da lei em prol da proteção da pessoa humana.

A partir da década de noventa, atores relacionados com a criminalidade organizada irromperam na vida política, econômica e social do país, o que gerou a deslegitimação do Estado em todos seus níveis —porque permeou todas as instituições e tornou-as inúteis para atender suas verdadeiras prioridades: saúde, educação, desenvolvimento, justiça etc. Diante os altos níveis de criminalidade, os governos têm assumido uma retórica tendente a oferecer segurança, chegando em alguns casos a ser praticamente o único eixo conhecido dos programas de governo dos partidos políticos que ganharam as eleições. As políticas de "linha dura" foram aplicadas em todo o país e os discursos de "governabilidade" e da "segurança cidadã" permearam o imaginário social a tal nível que a população apoia medidas que restringem os direitos e as liberdades das pessoas, apesar de os níveis reais de segurança não aumentarem. Por enquanto, fenômenos como a pobreza crescem em um ambiente de "estados de exceção" aplicados a comunidades nas quais há organização social que reivindica o respeito ao território e seus recursos frente a indústrias extrativistas, energéticas ou monoculturas; contrário ao espírito dos acordos de paz que deram fim ao conflito armado interno, volta-se a apostar institucionalmente na militarização das ruas e estradas do país.

O Poder Legislativo, em meio a uma crise de inoperância e boicotes mútuos entre bancadas governistas e opositoras, também sucumbiu a uma visão que não possibilita a consecução de um sistema de justiça criminal forte, mas democrático, apresentando projetos de lei punitivistas que atentam contra a dignidade humana; felizmente, muitos deles foram descartados, mas outros, ainda que não tenham sido tratados, seguem latentes nas mesas do Congresso.[143] Algumas leis tipificam novos delitos e endurecem

142 CEH 1999, tomo I: Origens e causas do conflito armado interno.

143 Algumas delas tendem a que se eleve a idade de inimputabilidade, a castração química a condenados por estupro, a aplicação de mecanismos de investigação com baixos padrões de garantia, a aplicação forçada da privação de liberdade, o aumento das penas ou o aumento de tipos penais etc.

penas,[144] restando a advogados defensores, setores progressistas e sociedade civil apenas trabalhar para que todo caso seja interpretado à luz das disposições constitucionais que garantem direitos e liberdades.

No caso da pena de morte, apesar de ser uma ferramenta propagandística dos partidos políticos, é alentador o fato de que atualmente a Guatemala tenha incorrido em uma moratória de fato, já que não se aplica a pena capital desde 2000. Além disso, atualmente não há nenhuma pessoa à espera de execução dessa pena, pois todas já foram comutadas graças ao trabalho de organizações sociais e do IDPP. O receio —real— é que esta não tenha sido formalmente abolida e não deixa de emergir publicamente em contextos eleitorais ou de crises políticas.

Todavia, partindo de uma visão integral do direito de defesa, é necessário esclarecer que as instituições têm desenvolvido estratégias para que a justiça seja real. Alguns exemplos são: o compromisso do MP de criar um novo modelo de gestão, para que muitos dos casos que não requererem uma intervenção penal sejam desjudicializados e para que a investigação criminal seja mais eficiente —o que, sob o devido respeito da legalidade, beneficia a todos os sujeitos processuais—; do Judiciário, para dar uma maior cobertura que elimine os resquícios inquisitivos e permita consolidar as audiências orais; do IDPP, para aumentar a quantidade de defensores e prepará-los adequadamente etc. O passo seguinte é que todos esses esforços se deem de forma coordenada, para que não concorram entre si ou se obstaculizem. Também, deve entender-se que a melhor forma de consolidar os direitos dos cidadãos é mediante a organização social e a justiça social.

6. Conclusões

Na Guatemala existe uma proteção normativa suficiente do direito de defesa. Primeiramente, na Constituição, que indica que é inviolável e que ninguém "poderá ser condenado nem privado de seus direitos, sem ter sido citado, ouvido e condenado

144 Particularmente no âmbito da narcoatividade e da criminalidade organizada se apresentaram mecanismos que têm gerado um amplo número de delitos com penas altíssimas. Dentre outras: Lei contra a Narcoatividade, Decreto 48/1992 do Congresso da República; Lei contra a Delinquência Organizada, Decreto 21/2006; Lei contra o Feminicídio e outras formas de violência contra a mulher, Decreto 22/2008 do Congresso da República; Lei de Armas e Munições, Decreto 15/2009 do Congresso da República; Lei para o fortalecimento da persecução penal, Decreto 17/2009 do Congresso da República. Ainda que muitas dessas leis sejam necessárias (se justifiquem socialmente), o problema que geram se refere à ausência de controles parlamentares e até judiciais para verificar seu adequado cumprimento.

em processo legal perante juiz ou tribunal competente e preestabelecido" (art. 12) (*tradução nossa*). Além disso, o Estado é signatário dos principais instrumentos internacionais de direitos humanos, principalmente da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Em segundo lugar, a legislação processual penal desenvolve esse direito de duas formas. Para começar, ao regular o relativo à obrigatoriedade da defesa técnica durante todo o processo penal —desde o primeiro depoimento perante juiz competente até a etapa de execução da sentença—, podendo a pessoa eleger livremente o defensor que desejar e, caso o indiciado/acusado não tenha meios econômicos para custear um, erige-se uma obrigação estatal de fornecê-lo. Porém, também, ao indicar que o ente acusador e o juiz devem zelar para que os atos forenses sejam do completo conhecimento da pessoa indiciada ou acusada, sob a estrita supervisão do advogado defensor eleito ou designado.

Não obstante os avanços na proteção normativa dos direitos na Guatemala, persistem os desafios para garantir a efetividade desses direitos.

Primeiramente, existem problemas relacionados com o cumprimento das normas vigentes, que levam a que persista uma brecha entre a previsão do direito na norma e sua proteção na prática. Constata-se, por exemplo, que o direito a permanecer em silêncio tem constantes riscos de ser violado por agentes policiais, os quais durante a prisão em flagrante —que são a maioria— induzem as pessoas a "informarem" sobre sua participação em determinados fatos, intimidando-as principalmente no trajeto da prisão ao tribunal. De sua parte, os juízes não verificam o cumprimento desse direito nem iniciam ações quando se confirma sua violação. O direito a não depor contra si mesmo, em contrapartida, é respeitado já que não tem efeito probatório.

Outro caso é o da motivação das decisões judiciais. As leis do país ordenam que toda decisão judicial esteja devidamente justificativa, direito geralmente respeitado, mas é preocupante que a minoria das prisões provenham de ordem judicial, pois isso impede que a pessoa —desde que é presa — conheça as razões pelas quais provavelmente se submeterá ao processo penal. No caso do recurso, acontece algo similar. De um lado, o direito ao recurso é universal, mas, na prática, as pessoas que são defendidas por advogados particulares, se não puderem pagar os honorários correspondentes ao recurso que corresponder, não serão assistidas por seus defensores no exercício desse direito. Isso é particularmente grave no caso das pessoas que

recebem sentenças condenatórias. Contudo, de maneira geral, a qualidade da defesa pode estar relacionada com a capacidade econômica das pessoas.

Em segundo lugar, existem problemas relacionados com a formação dos advogados e a cultura jurídica que impera entre eles. Para começar, não há uma especialização profissional em matéria de defesa criminal; qualquer advogado pode constituir-se como defensor particular, se no exercício de sua carreira assim decidir. Isso é positivo porque supõe que potencialmente todos os advogados registrados e ativos podem defender a pessoa que entra em conflito com a lei penal; no entanto, significa que não existe uma garantia de experiência, tão necessária na construção de uma estratégia efetiva de defesa criminal. A educação superior em ciências jurídicas se centraliza no conhecimento de leis e, portanto, não se privilegiam aspectos técnicos e práticos necessários para o litígio. Assim como os defensores públicos, os particulares se encontram em situação similar quanto à possibilidade de realizar uma investigação alternativa à da Procuradoria, principalmente quando são contratados com baixos honorários. Os defensores afirmam que a investigação requer grandes somas de dinheiro e que poucas pessoas podem custeá-la.

Isso se agrava se se considerar que existe na Guatemala uma cultura que muitas vezes é contrária à proteção dos direitos. O direito a permanecer em liberdade enquanto o julgamento se encontrar pendente, por exemplo, não está sendo devidamente garantido, já que 50,6% dos detidos estão nessa situação jurídica. Esse direito é afetado por uma cultura da promotoria e da magistratura propensa à prisão e é chancelado pelo Poder Legislativo, que impulsiona reformas no Código Processual Penal e outras leis, ordenando que em determinados delitos seja obrigatória a prisão preventiva.

Outrossim, existe uma cultura criminalizadora que viola o direito a ser presumido inocente, verificada na prisão preventiva e na abordagem dos meios de comunicação a respeito da situação das detidas e dos detidos. Muitas pessoas, inclusive, são expostas publicamente pela PNC sem que os juízes verifique se esse direito foi respeitado.

A isso se soma que existe uma cultura de defesa criminal passiva, tanto do serviço público quanto da defesa particular, quer dizer, as defensoras e os defensores se limitam a questionar as afirmações que provêm do MP, sem incorporar uma versão própria dos fatos em litígio.

Em terceiro lugar, existem limitações institucionais que terminam incidindo na efetividade da defesa. Efetivamente, para prestar o serviço gratuito de defesa técnica, o Estado da Guatemala criou o Instituto da Defesa Pública Penal, que tem a missão de auxiliar quem não quiser ou não puder nomear um advogado de sua confiança.

O serviço que presta essa instituição é valorizado e reconhece-se que os defensores têm bom preparo teórico e prático, porque contam com serviço de tradutores para pessoas indígenas e utilizam recursos como a perícia de gênero ou a perícia cultural para provar a inocência de seus defendidos—mulheres e pessoas indígenas— nos casos correspondentes. Contudo, ainda existem importantes obstáculos a superar, principalmente em relação à quantidade de profissionais com que conta esse serviço público, visto que entre advogados fixos e de ofício somam 329 em total: essa quantidade representa 1,49 defensores por cada 100 mil habitantes, cifra muito inferior a 10, que representa a quantidade de procuradores por cada cem mil habitantes. Outra carência essencial é a capacidade de atendimento individualizado ao indiciado ou acusado e a possibilidade de empreender uma investigação própria, a qual tem dois problemas: por haver poucos defensores, a carga de trabalho de cada um é de 40 a 65 casos e possuem o auxílio de apenas três assessores de investigação; da mesma forma, muitos defensores assumem a defesa criminal das pessoas sem conhecer a fundo cada caso particular e isso está ligado ao sistema de turnos, evidenciando-se principalmente nas audiências de primeiros depoimentos.

Situação similar acontece com o acesso à informação. As pessoas detidas não contam plenamente com informação sobre seus direitos desde o momento de sua prisão (considera-se que a prisão em flagrante é a principal via de ingresso das pessoas ao sistema penal) porque a PNC não conta com uma cartilha de direitos para ler às pessoas detidas ou protocolos estabelecidos para agir; as audiências se desenvolvem todas em espanhol e, para uma pessoa cujo idioma materno não seja este, o serviço de tradutores é importante, mas não supre absolutamente suas necessidades.

7. Recomendações

1. Promover um maior compromisso entre as autoridades de todas as instituições que se relacionam com a defesa criminal efetiva para zelarem para que as pessoas sob sua responsabilidade cumpram com parâmetros internacionais e nacionais de defesa judicial efetiva.

2. Realizar, por parte de todas as organizações acadêmicas e de direitos humanos, de forma permanente, conscienciosa e técnica, uma vigilância do sistema de justiça criminal com enfoque no direito de defesa das pessoas durante todas as etapas do processo penal.

3. Fortalecer a instituição da defesa criminal, principalmente representada pelo Instituto da Defesa Pública Penal, posicionando-a estrategicamente e dotando-a de mais recursos e melhores ferramentas para exercer seu trabalho. Isso exige que a política criminal não estabeleça limites maiores ao direito de defesa, limitando os juízes e os próprios defensores em suas tarefas de defender os direitos das pessoas.
4. Promover a especialização técnica em defesa criminal das advogadas e dos advogados que realizam esse trabalho, compreendendo que este é um exercício no qual estão em jogo direitos fundamentais das pessoas.
5. Fomentar nas universidades e outros centros acadêmicos a oferta de cursos teórico-práticos tendentes ao desenvolvimento de ferramentas úteis para que as e os profissionais estejam aptos a cumprirem os mandatos constitucionais e legais aos quais se fez referência nesta pesquisa.
6. Promover uma mudança na cultura profissional dos advogados, para se deslocar de uma atitude passiva na defesa em direção à construção de autênticas estratégias de defesa criminal no âmbito forense.

8. Bibliografia

Ascencio, Jeannette. *Mujeres frente al derecho penal: tránsito de la detención a la privación provisional de libertad.* Relatório de pesquisa inédita. Cidade da Guatemala: ICCPG, 2013.

Comissão de Esclarecimento Histórico. *Guatemala, memoria del silencio.* 12 tomos. Guatemala: CEH, 1999.

Cordón, María Antonieta e outros. *Observatorio de justicia penal juvenil en Guatemala.* Cidade da Guatemala: ICCPG, 2011.

García Barrachina, María Jesús, Morán, Ana Lucía e Canteo Patzán, Mario Antonio. *Respuesta del Estado a las denuncias por tortura en Guatemala.* Cidade da Guatemala: ICCPG, 2009.

Jiménez Felipe, Eulalia. *Linchamientos: violencia estatal y violencia social.* Cidade da Guatemala: ICCPG, 2013.

Procuradoria dos Direitos Humanos da Guatemala, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala. *Observatorio de Cárceles.* Primer *Informe del Observatorio guatemalteco de cárceles.* 2004.

Procuradoria dos Direitos Humanos da Guatemala. *Observatorio guatemalteco de cárceles. Segundo informe 2005-2007.* 2007.

Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. *Guatemala: ¿un país de oportunidades para la juventud?* Relatório Nacional de Desenvolvimento Humano, PNUD, 2011/2012.

Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. *Guatemala: Diversidad étnico-cultural.* Relatório Nacional de Desenvolvimento Humano, PNUD, 2005.

Quim Kam, Juan Santiago. *Hacia el pluralismo jurídico en Guatemala*. Cidade da Guatemala: ICCPG, 2013.

Ramírez García, Luis R. (coord.). "Observatorio de Justicia Penal". *Revista Centroamericana Justicia Penal y Sociedad,* 27, 2007.

Ramírez García, Luis R. "La reforma de la justicia penal en Guatemala. Aportes para una evaluación". *Revista Centroamericana Justicia Penal y Sociedad,* 25, Separata 4, 2006.

Samayoa Sosa, Héctor Oswaldo. *Apuntes para un debate penitenciario en Guatemala*. Relatório de investigação inédito. Cidade da Guatemala: ICCPG.

Ana Aguilar García
Gregorio González
Nava

CAPÍTULO 7. ANÁLISE POR PAÍS. MÉXICO[1]

1. Introdução

1.1 Informação demográfica e política básica

O México[2] tem uma superfície de 1.964.375 km² e uma população de 112 milhões 336 mil habitantes; desse total, 6 de cada 100 falam uma língua indígena. Calcula-se que no país existem aproximadamente 53 povos indígenas.[3] É uma república laica, representativa e democrática, composta por 31 Estados e um Distrito Federal (capital). As 32 entidades federativas possuem estruturas de governo e leis próprias, portanto se constituem como estados livres e autônomos, que unidos formam uma federação. O exercício do poder federal está dividido entre o Poder Executivo, representado pelo Presidente, o Poder Legislativo, exercido pela Câmara de Deputados e pela Câmara de Senadores, e o Poder Judiciário. Essa mesma estrutura reflete-se nos estados.[4]

O Distrito Federal (doravante, DF), também conhecido como Cidade do México, tem um território de 1.495 km² (menos de 0,1% do território nacional) e uma população total de 8.851.080, o que o posiciona como a segunda entidade

1 Este capítulo foi revisado por Miguel Sarre Iguíniz, a quem agradecemos suas valiosas observações. Na pesquisa e conclusão do capítulo, participaram Patricia Villa Berger e Philippa Ross. Este relatório foi concluído, em uma primeira fase, em outubro de 2013 e foi revisado pela última vez em setembro de 2014.

2 O nome oficial é Estados Unidos Mexicanos.

3 Instituto Nacional de Estatística e Geografia (Inegi), 2010.

4 Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), arts. 40, 41, 43 e 44.

federativa com maior número de habitantes. A região metropolitana da Cidade do México abriga uma população de 20.116,842 habitantes.[5]

Além disso, o estado da Baixa Califórnia tem um território de 71.450 km^2 (3,6% do território nacional) e uma população de 3.155.070 habitantes, dos quais 92% estão na área urbana.[6]

1.2 Descrição geral do sistema de justiça criminal[7]

No momento da redação deste relatório, a competência para legislar em matéria penal correspondia aos estados e à federação. Contudo, em 5 de março de 2014, foi publicado o Código Nacional de Procedimentos Penais (doravante, CNPP),[8] que revogará, gradualmente, todos os códigos processuais penais até converter-se no único ordenamento aplicável, com data limite em 18 de junho de 2016.[9]

O Índice sobre o Estado de Direito 2012-2013, elaborado pelo World Justice Project, informa que o México obteve uma qualificação de 0,35/1,00 no quesito de justiça penal. Ocupa o lugar 91º entre 97 países analisados mundialmente e o 13º/16 lugar no âmbito regional.[10]

Atualmente, existem dois sistemas vigentes de justiça penal, o inquisitivo tradicional e o acusatório.[11] O texto constitucional que em 2008 introduziu o sistema acusatório gerou um marco jurídico diferenciado transitoriamente. Dessa forma, quem é julgado em estados nos quais ainda rege o sistema inquisitivo tem direitos diferentes no processo penal em relação a quem é julgado sob o sistema acusatório.[12]

5 Inegi, 2010.

6 *Ibid.*

7 Código de Procedimentos Penais para o Distrito Federal (CPPDF), arts. 313-331 e Código de Procedimentos Penais para o Estado da Baixa Califórnia (CPPBC), arts. 209-385.

8 Ver o CNPP, publicado no *Diario Oficial de la Federación*, em 5 de março de 2014. Disponível em: http://goo.gl/SRHaAD.

9 CNPP, art. 2º transitório. Este código é produto, por sua vez, da reforma constitucional ao artigo 73, f. XXI que dá poder ao Congresso da União para aprovar legislação penal única aplicável para a federação e os estados. Disponível em: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5317162&fecha=08/10/2013.

10 Agrast et al., 2013, p. 114.

11 O artigo 2º transitório da reforma constitucional de 2008 obriga a federação e todas as entidades federativas a reformarem o sistema de justiça criminal tradicional para um sistema de justiça criminal acusatório, dentro do prazo de oito anos a partir de 19 de junho de 2008. A federação e os estados têm a autonomia de decidir quando adotarão o sistema acusatório referido no CNPP.

12 Suprema Corte de Justiça da Nação, jurisprudência n. 162.669, nona época, primeira sala, SJF e seu diário oficial, tomo XXXIII, março de 2011, p. 17.

Até agora, 16 estados começaram a implementar o sistema acusatório. O estudo contempla os dois sistemas vigentes. Para isso, concentramo-nos somente em duas entidades federativas: o DF, por ser a capital e a cidade mais importante do país com sistema de justiça criminal tradicional vigente,[13] e a Baixa Califórnia, por ser uma das pioneiras na implementação do sistema de justiça criminal acusatório, em sua capital Mexicali.[14]

Além disso, em algumas seções será feita referência à defesa criminal em matéria federal. Ainda que esse âmbito de competência não faça parte dos objetivos originais deste relatório, a pesquisa empírica produziu dados importantes que não podem passar desapercebidos.

As informações relacionadas neste estudo estão baseadas, primeiramente, em uma análise legal e jurisprudencial que engloba todos aqueles direitos contidos em instrumentos internacionais de direitos humanos, a Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos (doravante, a Constituição), a legislação interna e critérios legais que garantem uma defesa criminal efetiva. Em segundo lugar, em relatórios, estudos de pesquisa, estatísticas oficiais e informação pública. Finalmente, em entrevistas realizadas entre janeiro e outubro de 2012 com uma acadêmica, dois juízes, três defensores particulares, dois promotores, dois advogados de organizações civis, dois grupos focais com defensores públicos de cada estado (com cinco defensores em ambos os casos) e um questionário aplicado a 20 pessoas em prisão preventiva do estado da Baixa Califórnia.

1.3 O processo penal e suas etapas

A seguir, será detalhado o processo penal ordinário em cada um dos estados analisados para este estudo.[15]

13 Em 22 de julho de 2013, publicou-se o CPPDF que implementa o sistema acusatório. Sua entrada em vigor foi em 1º de janeiro de 2015, parcialmente, e estará completamente vigente em 15 de junho de 2016.

14 A Baixa Califórnia também foi eleita por ser um estado caraterizado por ter sistemas de transparência e acesso à informação mais acessíveis que os três estados nos quais se implementou a reforma na totalidade de seu território. Além disso, era um estado com condições políticas e de segurança apropriadas para desenvolver a pesquisa. Alguns defensores do sistema acusatório afirmam que a Baixa Califórnia é uma referência na implementação do sistema de justiça criminal.

15 Em ambos os estados, existe um procedimento abreviado e um conjunto de saídas alternativas do processo penal, que não foram objeto de análise no presente estudo.

1.3.1 Distrito Federal (sistema tradicional)

O processo penal começa com a notícia-crime perante o Ministério Público (doravante, MP).[16] O processo pode começar com uma pessoa detida em flagrante ou caso urgente,[17] ou contra uma pessoa não detida. A investigação prévia à fase judicial consiste em uma investigação realizada pelo procurador, denominada instrução preliminar. Quando existir uma pessoa detida, o procurador tem 48 horas para ordenar a liberdade ou levar o caso à autoridade judicial. Quando a pessoa não estiver detida, o procurador poderá solicitar uma ordem judicial de apreensão ou comparecimento para apresentá-la perante o juiz a fim de que resolva a situação jurídica dela.[18]

O MP tem o poder de investigar em matéria penal, para isso pode solicitar o auxílio da polícia de investigação e de outras corporações policiais —estadual e federal— no exercício de suas atribuições.[19]

Se o promotor decidir pôr o caso à disposição do juiz, este último dispõe, dentro do "prazo constitucional" de 72 horas —ou 144, caso a defesa solicite a extensão—, se a pessoa deve se sujeitar a um processo e se responderá em liberdade ou em prisão preventiva.[20]

Dentro do prazo constitucional indicado, tanto o MP como a defesa têm a oportunidade de apresentar provas ao juiz;[21] e a pessoa acusada pode exercer seu direito a depor ou a permanecer em silêncio.[22]

Ditado o auto de prazo constitucional, o juiz passa à etapa de instrução, na qual as partes apresentarão todas as provas disponíveis para determinar a responsabilidade da pessoa acusada.[23]

Assim que tiver concluída a etapa de instrução, o juiz requer às partes que apresentem suas "conclusões".[24] Em seguida, o juiz cita as partes para uma "audiência

16 Em alguns estados da República, a instituição encarregada da persecução penal se denomina Procuradoria-Geral da Nação e/ou Ministério Público ou Procuradoria. E os procuradores são chamados de "ministério público", "agente do Ministério Público" e /ou "MP".

17 CPPDF, arts. 267 e 268.

18 CPPDF, art. 286 bis.

19 CPEUM, art. 21.

20 CPPDF, art. 297.

21 *Idem.*

22 CPPDF, art. 290.

23 CPPDF, art. 314.

24 O ministério público pode apresentar conclusões não acusatórias. Ver CPPDF, art. 315.

de vista", na qual podem apresentar suas alegações finais oralmente ou por escrito.[25] Dentro dos 30 dias seguintes, o juiz deve proferir a sentença.[26] Esta, por sua vez, deve conter as razões pelas quais foi demonstrada a culpabilidade da pessoa acusada, entre outras apontadas pela lei.[27]

1.3.2 Baixa Califórnia (sistema acusatório)[28]

Da mesma forma, o processo penal acusatório inicia com a notícia-crime.[29] Se uma pessoa é detida em flagrante ou por caso urgente,[30] quem detém deve levá-la imediatamente perante o procurador, que dentro do prazo de 48 horas deverá decidir se inicia uma ação penal ou não. Caso o faça, a pessoa é apresentada perante um juiz de garantias, que imediatamente avalia a legalidade de sua detenção.[31] Se o juiz a declarar legal, o procurador deve formular a acusação. Se a pessoa sob investigação não foi detida em flagrante ou caso urgente, seu processo penal inicia-se com a audiência de formulação da denúncia.[32]

Concluída a audiência de formulação, o procurador solicita a vinculação a processo. Para isso, a defesa pode solicitar que a audiência se realize dentro do prazo constitucional de 72 ou 144 horas para ter a oportunidade de gerar provas.

25 CPPDF, art. 325.

26 CPPDF, art. 329.

27 Por exemplo, a natureza da ação ou omissão e os meios empregados para executá-la; a magnitude do dano causado; as circunstâncias de tempo, lugar, modo e ocasião do fato; a forma e o grau de intervenção do sentenciado; os vínculos de parentesco, amizade ou relação entre autor e vítima; as caraterísticas gerais e sociais do sentenciado; suas condições fisiológicas e psíquicas; as circunstâncias do autor e da vítima, antes e durante o cometimento do delito como violência ou abuso do poder; e, finalmente, as outras circunstâncias especiais que sejam relevantes. Ver CPPDF, art. 72.

28 O sistema acusatório entrou em vigor no município de Mexicali em 11 de agosto de 2010. Pelo Decreto196 determinou-se que, no município de Ensenada, entraria em vigor em 11 de agosto de 2014 e, para os outros municípios do estado da Baixa Califórnia, em 11 de agosto de 2015.

29 CPPBC, art. 209.

30 Tanto no artigo 16 da Constituição como no artigo 275 do CCPPDF e no artigo 164 da Baixa Califórnia, entende-se caso urgente quando: trata-se de um delito grave no qual existe um risco fundado de que o indiciado possa subtrair-se da ação da justiça e que, pelo tempo, lugar ou circunstância, o MP não pode recorrer imediatamente à autoridade judicial. CPEUM, art. 16, e CPPBC, art. 164.

31 CPPBC, art. 162, e CPPBC, art. 166. Essa garantia do sistema acusatório está em conformidade com o parâmetro internacional de direitos humanos, visto que a Convenção Americana indica que toda pessoa privada de liberdade terá o direito ser conduzida à presença do juiz competente, para que ele decida, sem demora, sobre a legalidade de sua detenção e ordene sua liberação se a detenção for ilegal. Ver CADH, art. 7º, §7.6. Da mesma forma, o Pacto International de Direitos Civis e Políticos (PIDCP).

32 CPPBC, art. 275.

Se for o caso, então, no dia e hora estipulados, as partes voltam à audiência para apresentar a evidência com a qual contam, e o juiz decide se vincula ou não a pessoa acusada a processo. Logo depois, o MP solicita as medidas cautelares que considerar adequadas para a situação de cada pessoa, com a oportunidade para a defesa de contra-argumentar.[33]

Se a defesa não aceitar o prazo constitucional, o juiz decide sobre a vinculação na mesma audiência e, em seguida, o MP solicita a medida cautelar.[34]

Uma vez determinada vinculação a processo, o juiz fixa um prazo para encerrar a investigação.[35] Concluída, o procurador formula a acusação ou solicita o sobrestamento da causa ou a suspensão condicional do processo.[36] Se formular acusação contra a pessoa acusada, o juiz chama as partes para uma audiência intermediária, na qual se oferecem e admitem as provas e depuram os fatos controvertidos que são debatidos no julgamento oral.[37] Até antes da declaração de abertura de julgamento oral, e para alguns tipos de delito, a pessoa acusada pode "negociar" com a vítima o encerramento do procedimento mediante uma saída alternativa ou uma forma diversa de terminar com o processo.[38] Uma vez concluída a audiência intermediária, o juiz ordena a abertura do julgamento oral.[39]

O julgamento oral é realizado por um tribunal de julgamento oral formado por três juízes diferentes dos que conheceram as etapas anteriores ao julgamento.[40] Uma vez recebida a instrução de abertura, o tribunal estabelece dia e hora em que se desenvolverá a audiência.[41] Na audiência do julgamento oral, as partes apresentam seus argumentos de abertura, apresentam as provas e expõem as alegações finais.[42] O juiz ou juízes deliberam e citam as partes para proferir a sentença e fixar a data da audiência de individualização da pena.[43]

33 CPPBC, art. 283.
34 *Idem*.
35 CPPBC, art. 286.
36 CPPBC, art. 288.
37 CPPBC, art. 300.
38 CPPBC, art. 196.
39 CPPBC, art. 315.
40 CPPBC, art. 317. O CNPP prevê que um ou três juízes podem conformar o tribunal de julgamento oral.
41 CPPBC, art. 318.
42 CPPBC, arts. 316-370.
43 CPPBC, art. 380.

1.4 Índices de criminalidade e população penitenciária

57% dos mexicanos consideram que a insegurança é o problema que maior preocupação causa. Na Baixa Califórnia, 51% de seus habitantes se sentem inseguros, enquanto no DF a proporção sobe para 73%. As principais atividades cotidianas que as pessoas na Baixa Califórnia e no DF deixaram de fazer por receio a serem vítimas de um delito foram: permitir que seus filhos menores de idade saíssem, usar joias e ter dinheiro "vivo" consigo. A percepção nacional sobre ser vítima de um delito é de 75% do total da população; na Baixa Califórnia é de 74% e no DF de 84%.[44]

Conforme as estatísticas do Sistema Nacional de Segurança Pública, no ano 2012, no país, denunciaram-se 125.328 delitos federais, dos quais 37.714 foram delitos relacionados à posse e tráfico de drogas;[45] nas entidades federativas, registraram-se 1.702.150 denúncias por delitos de foro local ou comum, das quais 108.682 se apresentaram na Baixa Califórnia e 179.146 no DF.[46]

Em 2010, apresentaram-se 2.130 denúncias a cada 100 mil habitantes no DF e 3.886 na Baixa Califórnia. O delito mais recorrente em ambos os estados foi o roubo; no DF correspondeu a 52% das denúncias e na Baixa Califórnia a 55,9%.[47] A taxa de crescimento anual de denúncias apresentadas de 2009 a 2010 foi de 3% no DF e de -9% para o estado da Baixa Califórnia.[48]

Durante 2012, 32% dos lares no país foram vítimas de um delito. Tanto na Baixa Califórnia quanto no DF essa porcentagem é de 39%. A taxa nacional de vitimização foi de 27.337 vítimas para cada 100 mil habitantes, enquanto no DF foi de 31.675 e na Baixa Califórnia de 36.579.[49]

Atualmente, um dos dados mais relevantes concernentes à incidência delitiva é a chamada "cifra negra".[50] No contexto nacional, em 2012, essa cifra atingiu 92%. No

44 Inegi, 2013.

45 Secretário Executivo do Sistema Nacional de Segurança Pública, 2012b. Os delitos relacionados à posse e o tráfico de drogas compreendem a soma dos delitos do Código Penal Federal (CPF) no âmbito de produção, transporte, tráfico, comércio, abastecimento e posse contra a saúde; da lei geral de saúde na categoria contra a saúde, em sua modalidade de "microtráfico"", e da LFCDO na categoria contra a saúde.

46 Secretário Executivo do Sistema Nacional de Segurança Pública, 2012a.

47 México Avalia 2009, p. 13.

48 Rivera e CH, 2011, p. 7.

49 Inegi, 2013.

50 Índice de impunidade calculado de acordo com a porcentagem de delitos pelos quais se iniciou uma investigação e a porcentagem dos quais alcançaram uma sentença condenatória.

DF foi de 92% e na Baixa Califórnia atingiu 84%. Os principais motivos pelos quais as pessoas não denunciam o cometimento de um delito são a falta de confiança nas autoridades ou a percepção de que é uma perda de tempo.[51]

Em relação à população carcerária, de acordo com informação oficial disponível em janeiro de 2013, o número total de pessoas privadas de liberdade era de 242.754, das quais, 4,8% eram mulheres e 95,2% homens; 193.194 correspondiam à população da justiça comum e 49.560 à justiça federal. A taxa média era de 207 pessoas privadas de liberdade para cada 100 mil habitantes. O número total presos provisórios era de 100.304, que equivale a 41,3% do total da população carcerária. No DF havia um total de 7.477 presos provisórios, o que equivale a 18% da população carcerária total. Na Baixa Califórnia existiam 7.305 pessoas nessa situação, o que representa 44,4%.[52]

Outro dado relevante refere-se às pessoas indígenas; até julho de 2012, um total de 8.530 estavam presas, 7.715 por delitos locais e 815 por delitos federais. Do total, 3.126 estavam em prisão provisória e o restante encontrava-se cumprindo uma sentença definitiva.[53]

2. Sistema de defesa criminal

Por mandato constitucional, toda pessoa, desde o momento de sua detenção até a execução de sua sanção, tem direito irrenunciável[54] a ser assistida por um advogado. Por isso, não é possível que uma pessoa se defenda a si mesma, salvo sendo advogada.

A defesa criminal é exercida por advogados particulares independentes que prestam um serviço remunerado e pelos advogados públicos fornecidos pelo Estado por meio das instituições de Defensoria Pública. Os defensores públicos devem representar qualquer pessoa que não tenha designado um advogado particular, independentemente de sua condição social. Adicionalmente, existem defensores independentes associados a escritórios-modelo de universidades e organizações da sociedade civil que oferecem assistência jurídica gratuita em matéria penal.

51 *Ibid*.

52 Secretaria de Interior, 2013.

53 CNDH, Comunicado CGCP/223/12, Acesso a um sistema eficaz de justiça dos indígenas.

54 CPEUM, art. 20, B, VIII. Direito que igualmente expressa o art. 8.2.e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante, CADH), ao dizer que é irrenunciável o direito a ser assistido por um defensor público, quando este não nomear defensor particular.

De acordo com a Constituição, a defesa pública deve ser de qualidade e gratuita para qualquer pessoa que a solicitar e não tiver defesa particular. Os defensores públicos devem contar com plano de carreira e sua remuneração não pode ser menor que a dos procuradores.[55] As 32 entidades federativas e a federação têm seus próprios escritórios de Defensoria Pública.

No DF, a assistência jurídica gratuita é prestada mediante a Defensoria de Ofício, que é uma unidade administrativa da Direção-Geral de Serviços Legais, vinculada ao Conselho Jurídico e de Serviços Legais, ligado ao Poder Executivo local.[56]

Em 2011, a Defensoria Pública do DF prestou 108.198 assessorias e orientações, das quais só 35.150 foram representações em matéria penal. Em 2012, foram 157.538 assessorias e 40.492 representações. As representações realizadas em 2011 tiveram os seguintes resultados: 537 sentenças absolutórias, 9.675 sentenças condenatórias, 266 arquivamentos,[57] 3.903 outras [58] e processo encerrado por meios alternativos de justiça. Em 2012, os resultados foram: 1.387 sentenças absolutórias, 21.779 sentenças condenatórias, 305 arquivamentos, 3.599 outros e nenhum processo encerrado por meios alternativos de justiça.[59]

A Defensoria tem 304 defensores públicos em matéria penal. A renda líquida dos defensores é de USD 1.073 mensais para os de categoria A e de USD 930 para os de categoria B.[60]

Na Baixa Califórnia, a Defensoria Pública depende da Secretaria-Geral de Governo do Poder Executivo.[61]

Em 2012, foram prestados 227.836 atendimentos jurídicos, 91.985 assessorias penais e 5.044 representações; das últimas, 839 corresponderam a processos penais na

55 CPEUM, art. 17, §7°. Todavia, essa disposição não é cumprida completamente porque os promotores têm acesso a bônus provenientes de fundos federais que elevam seu salário.

56 Lei de Defensoria de Ofício do Distrito Federal, arts. 2º e 4º.

57 São as decisões pelas quais o juiz dá por terminado o processo penal sem que exista um pronunciamento sobre o mérito do caso e tem os efeitos de uma sentença absolutória. Os códigos penais e de procedimentos contemplam em diversos artigos as causas nas quais procede o arquivamento. Ver Código Penal para o Distrito Federal, art. 122, e CPPDF, arts. 315, 323, 324 e 363 f. III, 660.

58 Revogação do mandato do defensor público, morte da pessoa acusada e/ou suspensão do procedimento.

59 Solicitação de informação com número de folha 0116000068613 à Assessoria Jurídica e de Serviços Legais.

60 Solicitação de informação com número de folha 0116000040213 à Assessoria Jurídica e de Serviços Legais. A taxa de câmbio para o dia consultado foi de 12,71 pesos mexicanos por um dólar.

61 Lei Orgânica da Defensoria Pública do Estado da Baixa Califórnia, art. 4º.

cidade de Mexicali, a capital da Baixa Califórnia, onde já se encontra vigente o sistema acusatório. Para 2011, as cifras foram: 217.195 atendimentos jurídicos, 129.611 assessorias penais e 4.858 representações, das quais 762 foram no sistema acusatório.

Os processos penais atendidos em 2012 resultaram em 381 por sentenças condenatórias, 364 procedimentos abreviados, 17 julgamentos orais, 168 por acordos reparatórios (meios alternativos de justiça), 17 por suspensão condicional do processo e 9 por perdão do ofendido. No que corresponde a 2011, foram 363 por sentenças condenatórias, 350 por procedimentos abreviados, 13 por julgamento oral, 159 por acordos reparatórios, 11 por suspensão condicional do processo e 12 por perdão do ofendido.[62] Em 2012, 99,8% das sentenças proferidas em primeira instância foram condenatórias.[63] Conforme as entrevistas realizadas com defensores públicos, as poucas sentenças absolutórias (duas na data da entrevista) foram para advogados particulares.

O estado da Baixa Califórnia conta com 98 defensores públicos criminais, os quais em média têm uma renda líquida mensal USD 1.140.[64] 18 deles são especialistas no sistema acusatório e estão designados ao distrito de Mexicali.

De acordo com os diversos atores entrevistados, a percepção generalizada sobre a defensa pública é de que ela é ineficiente, devido à enorme carga de trabalho, à escassez de recursos humanos e financeiros, e à falta de capacitação contínua. Isso faz com que os processos não tramitem nos prazos estabelecidos e, sobretudo, que a defesa não seja adequada.[65] Essa mesma percepção é compartilhada por Carlos Mendoza Mora em sua análise de custo-benefício do novo sistema de justiça criminal nos âmbitos federal e estadual.[66]

Ainda que ambas as instituições compartilhem os mesmos problemas mencionados acima, a Defensoria Pública da Baixa Califórnia parece ter invertido de maneira significativa a percepção negativa sobre ela. Em entrevistas com funcionários locais e com um pequeno grupo de pessoas privadas de liberdade, eles consideraram que os

62 Solicitação de informação com número de folha UCT-130912.

63 O total de pessoas sentenciadas foi de 962. Dados relevantes do sistema acusatório em Mexicali, Baixa Califórnia, publicados pelo Poder Judiciário em 2 de agosto de 2012.

64 Solicitação de informação com número de folha 130330. A taxa de câmbio para o dia consultado foi de 12,71 pesos mexicanos por um dólar.

65 Informação empírica reunida mediante entrevistas com defensores públicos, particulares, acadêmicos, juízes e organizações civis.

66 "No México, os serviços de defensoria pública gratuita e de qualidade têm sido mais exceção que regra no sistema inquisitivo. Os escritórios respectivos têm sido abandonados, os funcionários não recebem treinamento adequado nem salários dignos, e a carga de trabalho não é razoável […] Os serviços que se têm prestado aos acusados não se distinguem por sua qualidade ou eficácia, o que é um verdadeiro problema […]" (*tradução nossa*). Mendoza, 2012, p. 198.

defensores públicos são mais ativos e confiáveis no exercício da defesa, diferentemente do que acontecia no sistema inquisitivo.

Um dos grandes desafios das defensorias públicas em ambos os sistemas é sua posição na administração pública visto que não gozam de autonomia e hierarquicamente se encontram em níveis hierárquicos inferiores aos das procuradorias dentro do Poder Executivo. Em geral, não têm acesso a seus próprios peritos e investigadores. Isso é relevante, pois em outras entidades federativas, inclusive na federação, os defensores públicos se veem obrigados a solicitar laudos periciais às procuradorias.

A Relatora Especial sobre a independência dos magistrados e advogados das Nações Unidas recomendou que a Defensoria Pública se tornasse independente do Poder Executivo em todas as entidades federativas, a fim de garantir o princípio de paridade de armas.[67] Atualmente existem, em outros estados, algumas boas práticas de independência e paridade de armas nas defensorias.[68]

No que se refere à prática da advocacia, é preciso contar com a permissão da Direção-geral de Profissões,[69] instância federal que sistematiza o registro nacional de advogados com essa autorização. O registro não oferece informação sobre os advogados que exercem a defesa criminal, quantos casos assumem por ano, se estão capacitados, ou se têm sido sancionados pelo mau exercício de sua profissão.

Além disso, existem organizações da sociedade civil, escritórios universitários de assistência jurídica e inclusive advogados independentes que oferecem defesa criminal gratuita. Mas até o momento, não existe registro de quem e quais organizações proporcionam esse serviço ou quantos casos atendem por ano, apesar do forte impacto gerado por essas organizações, o que tem desenvolvido importantes parâmetros jurisprudenciais por meio da litigância.[70]

67 Nações Unidas, 2011, pp. 2 e 16.

68 Nos estados de Morelos e Nuevo León, as Defensorias Públicas são órgãos descentralizados do Poder Executivo, com autonomia, patrimônio e corpo de peritos próprios. No estado de Jalisco há um Instituto de Ciências Forenses descentralizado do Poder Executivo, com patrimônio e personalidade jurídica própria que dá aos peritos forenses autonomia técnica perante as autoridades que procuram e realizam a justiça. No estado de Guanajuato, a Defensoria Pública tem seu próprio corpo de peritos especializados em diversas áreas.

69 A autorização se expede mediante uma cédula profissional de profissão (credencial), a qual é requerido no processo penal para credenciar-se como advogado. Ver http://goo.gl/qscZzj.

70 Por exemplo, o Centro de Pesquisa e Docência Econômicas (Cide, por sua sigla em espanhol) no *Caso Acteal*. Disponível em: http://goo.gl/EqhGaf; o Centro de Direitos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez (Centro Prodh) com casos como *Hugo Sánchez Ramírez*, *Campesinos Ecologistas*, *Mujeres de Atenco*, entre outros; e Assistência pelos Direitos Humanos (Asilegal) nos casos *Zenaida Pastrana* e *Roberto Pastrana*.

3. Direitos do acusado e sua aplicação

Os direitos humanos no processo penal mexicano são aqueles reconhecidos pela Constituição e pelos tratados internacionais de direitos humanos e decisões da Suprema Corte de Justiça da Nação (doravante, SCJN) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).[71] Por jurisprudência da SCJN, as restrições constitucionais a direitos fundamentais prevalecem sobre os direitos convencionais. Esse rol de direitos com suas restrições é denominado "parâmetro de controle de regularidade constitucional", que é a fonte do controle de convencionalidade, introduzido em 2011 no sistema jurídico mexicano.[72]

3.1 Direito à informação

De acordo com o texto constitucional ninguém pode sofrer intervenção em sua pessoa sem um mandado escrito assinado por autoridade competente. Para que uma pessoa possa ser detida, requer-se uma ordem judicial à qual preceda a notícia-crime e que existam elementos suficientes para supor que a referida pessoa esteve envolvida no cometimento de um delito; além disso, essa ordem só pode ser concedida se o delito concreto tiver pena privativa de liberdade.[73] A ordem por escrito permite conhecer a informação, fundamentos e razões pelas quais uma autoridade detém uma pessoa.[74] A ordem pode ser outorgada para casos comuns aos quais antecede uma investigação ou na modalidade da detenção de *arraigo*, figura que permite a detenção administrativa de uma pessoa por até 80 dias por crime organizado.

Uma pesquisa recente sobre pessoas privadas de liberdade em prisões do DF e do Estado do México relatou que no caso de 93,7% das pessoas presas em cumprimento de uma ordem de prisão não se mostrou um documento atestando a ordem do juiz contra elas.[75]

71 Doravante, toda vez que esta pesquisa se referir a um direito humano em particular, deverá entender-se como parte do rol reconhecido pela SCJN, seja de natureza constitucional ou convencional. Em caso de restrições constitucionais a direitos humanos reconhecidos em tratados internacionais, o conflito será mencionado pontualmente. Ver contradição de tese 293/2011. Disponível em: http://goo.gl/M4BmPp.

72 *Ibid.*

73 CPEUM, art. 16, 1°, 3°.

74 CPEUM, art. 16, 8°.

75 Bergman e Azaola, 2013, p. 35.

3.1.1 Direito a ser informado sobre a natureza e as causas dada prisão ou detenção e os direitos decorrentes dessa situação

De acordo com o texto constitucional, toda pessoa tem direito a ser informada sobre os fatos que lhe são imputados e os direitos que possui, desde o momento da detenção até o seu comparecimento perante o MP.[76]

A CADH também aponta que ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições fixadas na Constituição de cada país; também estabelece que ninguém pode ser submetido a detenções arbitrárias e, quando se detiver uma pessoa, esta deverá ser informada das razões de sua detenção e das acusações formuladas contra ela.[77]

No DF, uma vez que uma pessoa é detida e apresentada perante o MP, este deve entregar-lhe uma "carta de direitos" em que se enunciam seus direitos de acordo com as diferentes disposições constitucionais e legais em matéria de devido processo. A pessoa detida deve assinar ou colocar sua impressão digital no documento como sinal de que entende quais direitos tem. Além disso, de acordo com disposições de caráter administrativo, devem ser colocados cartazes à vista do público e impressos e distribuídos folhetos nos quais se detalhe o conteúdo da carta de direitos.[78]

Na Baixa Califórnia, a Secretaria de Segurança Pública conta com um documento parecido, fundado em uma disposição do Código Processual Penal[79], que obriga a registrar os atos policiais. Igualmente, os procuradores realizam um processo de leitura de direitos. De acordo com as entrevistas com pessoas em prisão preventiva no estado da Baixa Califórnia, uma delas disse que teve conhecimento de seus direitos por meio de um cartaz que viu nos na Procuradoria quando estava detida.

Na realidade, a apresentação e assinatura da "carta de direitos" converteu-se em um ato ritualístico depois do qual não existe nenhuma prática que permita verificar se a pessoa efetivamente entendeu ou não seus direitos e como fazê-los valer. Essa omissão tem um impacto na defesa a qual podem aceder as pessoas desde o momento de sua detenção ou comparecimento. A carta, além disso, está redigida em uma linguagem jurídica de difícil compreensão para quem não é advogado.

76 CPEUM, art. 20.

77 CADH, arts. 7º §§2º-7º, inc. 4º; PIDCP, arts. 9º, §1º-9º, inc. 2º.

78 Procuradoria-Geral do Distrito Federal, 2011, p. 5.

79 CPPBC, art. 273.

A falta de informação efetiva sobre direitos que uma pessoa tem no momento de sua detenção por parte da polícia impacta sua capacidade de solicitar um advogado imediatamente. De acordo com advogados públicos e particulares do DF entrevistados, o tempo que transcorre entre a detenção e o momento em que a pessoa passa a ser de responsabilidade do procurador muitas vezes é utilizado pela polícia para deixar a pessoa incomunicável, intimidar e, no pior dos casos, para infligir tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, ou torturar.[80] Essa informação é confirmada nas últimas observações gerais do Comitê contra a Tortura das Nações Unidas.[81]

Pesquisa com população em reclusão no DF e no Estado do México[82] constatou que entre 2002 e 2009, aumentou a quantidade de presos que denunciaram ter sofrido humilhações e agressões físicas, na maioria dos casos por parte da Polícia judiciária, e 94% dos internos informaram que, ao serem detidos, foram levados a um módulo policial. Para 92% dos presos não foi explicada a diferença entre a fase de acusação e a de julgamento, e 70% deles não foram informados sobre seu direito a fazer uma ligação telefônica.

O impacto de não saber que se tem direito a um advogado desde o momento da detenção tem consequências importantes na defesa adequada durante a fase de investigação preliminar no DF. De acordo com as entrevistas realizadas, uma vez que a pessoa detida está sob custódia do procurador, não existe uma regra sobre em que momento —dentro do prazo máximo de 48 horas que pode estar a pessoa sob detenção administrativa— pode ter acesso a um advogado defensor, apesar de a Constituição indicar que deve ser "imediatamente".

Sobre esse direito em particular, o Estado mexicano foi sentenciado pela Corte IDH no *Caso Cabrera García e Montiel Flores* por ter excedido o tempo de detenção e não ter levado as vítimas imediatamente à presença do juiz para determinar a legalidade de sua detenção.[83] Da mesma maneira, estabeleceu que "a

80 A Convenção Americana proíbe essas práticas ao assinalar que ninguém deve ser submetido a torturas nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade será tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. Ver CADH, art. 5º, n. 2º, e PIDCP, conforme os artigos 7 e 10.1.

81 Comitê contra a Tortura, 2012.

82 Bergman e Azaola, 2013, p. 9.

83 "[…] Excedendo o termo estabelecido na Convenção Americana, que claramente exige a presença 'sem demora' perante o juiz ou funcionário autorizado pela lei para exercer funções judiciais sobre controle da liberdade. A esse respeito, a Corte reitera que em zonas de alta presença militar, nas quais os membros da instituição militar assumem controle da segurança interna, o comparecimento

informação dos motivos e razões da detenção deve dar-se 'quando esta se produz', o que constitui um mecanismo para evitar detenções ilegais ou arbitrárias desde o momento da privação de liberdade em si e, por sua vez, garante o direito de defesa do indivíduo" (*tradução nossa*). Essa informação, além disso, deve dar-se em uma linguagem simples, livre de tecnicismos jurídicos; não sendo suficiente mencionar as bases legais da detenção.[84]

Segundo os advogados litigantes no DF, o procurador "decide" quando dá acesso ao defensor, seja no momento em que o advogado se apresenta, seja até que se toma o depoimento da pessoa detida, ou manifesta que exercerá seu direito a permanecer em silêncio. Isso pode acontecer em qualquer momento dentro das 48 horas.

3.1.2 Direito a ter acesso à investigação do procurador ou do Ministério Público

De acordo com a Constituição, ao defensor e ao acusado devem ser facilitados todos os dados que solicitarem para a defesa e que constarem no processo. Isso significa que devem ter acesso à investigação durante sua detenção e até antes de seu primeiro comparecimento perante o juiz. Salvo casos excepcionais estabelecidos na lei, esse direito não pode ser restringido.[85]

Na Baixa Califórnia, a lei ordena ao procurador que permita ao defensor examinar o inquérito policial com a obrigação, inclusive, de proporcionar-lhe cópias dele. Em caso de negativa, o defensor pode recorrer ao juiz para que se suspenda a audiência até que possa fazê-lo.[86]

No sistema do DF, a prática indica que o acesso dos defensores à investigação é limitado e sujeito ao poder do MP. Por exemplo, pode acontecer de os procuradores demorarem muito tempo para juntar novas provas e documentos à investigação preliminar para evitar que sejam examinadas oportunamente pelos advogados defensores. Além disso, se solicitarem acesso ao inquérito policial, são obrigados

sem demora perante as autoridades judiciais ganha maior importância a fim de minimizar qualquer tipo de risco de violação aos direitos da pessoa". Corte IDH, 26 de outubro de 2010, *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*, Série C, n. 220, § 102.

84 *Ibid*, §105.

85 CPEUM, art. 20, B, VI.

86 CPPBC, art. 148.

a esperar horas e inclusive dias, o que faz com que os defensores apresentem uma série de recursos para que lhes permitam examinar esses arquivos.

O mesmo acontece com a obtenção de cópias certificadas do processo, solicitação que deve ser feita por escrito, o que provoca uma demora de dias. Muitas vezes, os defensores têm que apresentar um recurso de amparo para que as disponibilizem.[87]

Na Baixa Califórnia, essa situação não é tão desfavorável para os defensores públicos, pelo fato de eles terem acesso direto, por meio de um sistema interno, a todo o inquérito policial e em todo momento poderem verificar se foram adicionadas provas; também têm a possibilidade de obter cópias digitalizadas de todos os documentos. Infelizmente, os advogados particulares não têm acesso a esse sistema, portanto têm que recorrer diretamente aos gabinetes dos procuradores e enfrentar frequentemente obstáculos burocráticos para ter acesso ao inquérito policial.[88]

3.1.3 Direito a ser informado sobre a natureza e as causas da imputação ou acusação

A Constituição aponta que todo acusado tem direito a que informem os fatos que lhe são atribuídos.[89] Esse direito deve ser cumprido pelo MP e pelo juiz, assim que a pessoa tiver sido apresentada perante eles. Esse direito inclui o dever de informar o delito que se imputa, lugar, tempo e circunstâncias de execução, assim como os dados que estabelecem que se cometeu um fato que a lei estabelece como delito e, finalmente, que existe a probabilidade de que a pessoa detida ou acusada o cometeu ou participou de seu cometimento. Além disso, todo processo deve orientar-se pelo fato ou fatos delitivos apontados no auto de prazo constitucional.[90] Esse direito também é salvaguardado pelas legislações estaduais do DF[91] e da Baixa Califórnia.[92]

87 Entrevistas com advogados litigantes. Ver também Aba Roli, 2011, p. 27.

88 *Idem*.

89 CPEUM, art. 20, B, III. O artigo 14º, §3º, inc. a, do PIDCP garante que toda pessoa acusada de um delito tem direito a ser informada da natureza e das causas da acusação contra ela.

90 CPEUM, art. 19.

91 CPPDF, art. 297.

92 CPPBC, art. 281.

Todavia, a entrevista com pessoas privadas de liberdade na Baixa Califórnia produziu um dado interessante. Aproximadamente 50% delas afirmaram que seu defensor não lhes explicou o que aconteceria em suas audiências antes que elas serem realizadas. Em matéria federal, a pesquisa com a população presa já citada indica que 43,7% dos entrevistados disseram não ter tido advogado ao depor perante o MP. 44% manifestaram que seu advogado não lhe explicou o que estava acontecendo durante as audiências; 51%, que não receberam aconselhamento de seus advogados antes das audiências, e 39%, que não lhes explicaram os resultados dos processos.[93]

Assim, ainda que a formulação da acusação seja uma etapa meramente formal durante o processo penal, que costuma ser realizada no tempo e de acordo com a lei, a falta de informação dos defensores a seus assistidos viola o direito a ser informado sobre a natureza e as causas da imputação.

3.2 Direito a defender-se e a contar com assistência legal

3.2.1 Direito a contar com assistência legal durante os interrogatórios

Constitucionalmente, o acusado tem direito a que seu defensor esteja presente em todas as audiências e atos processuais que se realizam durante todo o processo penal.[94]

Se se demostrar que o defensor não esteve presente em algum ato processual, este perde valor probatório. Deve esclarecer-se que a polícia não tem competência para interrogar as pessoas detidas ou submetidas à investigação. O único que a tem é o procurador.

O código processual penal vigente no DF aponta que a pessoa acusada deve ser assistida por seu defensor durante a declaração preparatória ou, em seu lugar, por uma pessoa de confiança. A legislação da Baixa Califórnia estabelece que, desde o momento de sua detenção e até o fim da execução da sentença, a pessoa tem o direito a contar com uma defesa técnica. No entanto, à pergunta realizada ao grupo de presos provisórios entrevistados no estado da Baixa Califórnia, 50% responderam que, durante sua detenção, não lhes informaram que tinham direito a contatar um advogado.

93 Centro de Pesquisa e Docência Econômicas, 2012, p. 9.

94 CPEUM, art. 20, B, VIII.

De acordo com uma pesquisa, no momento de dar seu depoimento, 70% dos sentenciados disseram que seu advogado ou a pessoa de confiança não estiveram presentes.[95]

3.2.2 Direito à comunicação reservada com o advogado defensor

A Constituição estabelece que as pessoas acusadas têm o direito a uma defesa adequada, por parte de um advogado de sua escolha, a partir do momento de sua detenção e que compareça a cada ato do procedimento judicial. Igualmente, o advogado tem a obrigação de se encontrar com o acusado quantas vezes que forem necessárias.[96] Além disso, todas as comunicações reservadas que o defensor tiver com seu cliente são consideradas confidenciais e invioláveis.[97] A CADH estabelece expressamente que é um direito do acusado poder comunicar-se livre e reservadamente com seu defensor.[98]

O CPPBC consagra expressamente que o acusado terá direito a comunicar-se livre e reservadamente com seu defensor.[99] É importante salientar também que na legislação sobre o exercício de profissões tanto da Baixa Califórnia[100] quanto do DF[101] se estabelece a obrigação dos advogados de guardarem estritamente o segredo dos assuntos que seus clientes lhes tiverem confiado.

Na entrevista aplicada aos presos provisórios no estado da Baixa Califórnia, alguns deles expressaram que, durante a visita de seu defensor, se encontrava perto um guarda ou outro agente. Essa afirmação é corroborada por um estudo recente que atesta que as comunicações reservadas entre o defensor e seu cliente costumam ser difíceis; ainda que o acesso aos clientes presos geralmente esteja permitido, continua sendo provável que as conversas sejam escutadas. Por isso, para garantir a privacidade,

95 Bergman, 2007, p. 85.

96 CPEUM, art. 20, B, VIII.

97 CPEUM, art. 16, § 12.

98 CADH, art. 8º, §2º, inc. d. Além disso, o Comentário Geral n. 32 ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, no parágrafo 34, diz: "Os advogados devem poder reunir-se com seus clientes reservadamente e comunicar-se com os acusados em condições que garantam plenamente o caráter confidencial de suas comunicações" (*tradução nossa*).

99 CPPBC, art. 7º.

100 Lei de Exercício das Profissões para o Estado da Baixa Califórnia, art. 23, III.

101 Lei que regulamenta o artigo 5º da Constituição, relativa ao exercício das profissões no Distrito Federal, art. 36.

os advogados frequentemente têm que realizar pequenos subornos aos vigias dos centros de detenção.[102]

Baseado em diversas entrevistas com advogados litigantes tanto do DF quanto da Baixa Califórnia, constata-se que não existem maiores obstáculos para falar com seus clientes reservadamente quando eles se encontram em centro de detenção locais —perante o procurador ou em centro de reclusão—. Todos mencionaram a existência de cabines para essa finalidade. O problema fundamental é o trâmite burocrático pelo qual devem passar para obter acesso a eles.

Não se pode deixar de mencionar o depoimento de advogados de pessoas acusadas por delitos federais, que informaram que esse direito não se respeita completamente nos centros de detenção destinados a esse tipo de delitos visto, que o acesso às pessoas se dá mediante um vidro que impede que escutem adequadamente; portanto, às vezes, devem gritar para se fazer ouvir. Além disso, apontaram que, por razões de segurança, não lhes é permitido entregar diretamente nenhum documento às pessoas detidas; estes devem passar por uma triagem duvidosa dentro do centro. Com isso, perde-se qualquer expectativa de privacidade e confidencialidade na comunicação advogado-cliente.

No DF, esse direito se vê afetado durante as audiências. A grade[103] e o barulho dos tribunais impedem que o advogado tenha um contato confidencial mínimo com seu cliente.

3.2.3 Direito à defesa técnica

A Constituição ordena que todo acusado tem direito a uma defesa adequada por um advogado, que pode escolher livremente e desde sua detenção.[104] Em caso de não fazê-lo, o Estado está obrigado a proporcionar-lhe um defensor público.[105] A reforma constitucional de 2008 estabeleceu um novo padrão de defesa técnica, que pode ser considerada inclusive mais favorável do que a Convenção Americana, ao exigir que seja

102 Aba Roli, 2011, p. 23.

103 Sobre esse tema, ver seção "3.4.5. Direito a ser julgado em audiência pública por um tribunal independente e imparcial".

104 "[…] a legislação nacional deve evitar qualquer possibilidade de que uma pessoa se defenda em um processo penal sem a assistência de um advogado" (*tradução nossa*). Comitê de Direitos Humanos 2007, §37.

105 CPEUM, art. 20, B, VIII.

um advogado que a realize.[106] A respeito disso, a Corte Interamericana considera que "o direito à defesa deve poder exercer-se desde que se aponta uma pessoa como possível autor ou partícipe de um fato punível e só se encerra quando finaliza o processo, incluindo, quando for o caso, a etapa de execução da pena" (*tradução nossa*).[107]

Como se mencionou ao começo, a reforma constitucional de 2008 criou um regime diferenciado de devido processo para o sistema inquisitivo e acusatório, respectivamente. No texto vigente para os estados sem reforma, a defesa criminal podia ser exercida por um advogado, pela própria pessoa ou por uma pessoa de confiança. Todavia, recentemente, a Suprema Corte determinou que, tratando-se do direito à defesa adequada, ela deve ser interpretada pela mais ampla proteção, isto é, que deve ser exercida por um advogado, independentemente do texto constitucional vigente e, em consequência, os procedimentos que se realizaram sem a assistência de um advogado defensor não podem ser consideradas pelo juiz para determinar a responsabilidade do acusado.[108]

No DF existem defensores públicos vinculados ao MP. Quando uma pessoa é detida em flagrante, deve ser levada imediatamente ao MP. No momento em que a pessoa é apresentada a ele, o procurador notifica o defensor público para que a assista. Na prática, a notificação ao defensor público acontece depois de a pessoa ter chegado ao MP. Nesses casos, a pessoa detida não tem oportunidade de escolher seu defensor, visto que a designação ocorre por meio de um sistema de rotação dos defensores. Além disso, o defensor designado no MP é diferente do defensor que o representará no processo penal já que, quando a pessoa é apresentada perante o juiz, será designado um novo defensor público vinculado ao tribunal em que se realizará seu processo. Se a sentença em primeira instância não favorecer o acusado e ele recorrer ao tribunal superior, então, novamente designa-se o caso a outro defensor público que esteja vinculado ao tribunal de segunda instância.

Na Baixa Califórnia é diferente, por conta de um acordo institucional entre a Procuradoria-Geral de Justiça e a Defensoria Pública. Quando uma pessoa é apresentada perante o procurador, imediatamente depois se notifica por e-mail e/ou telefone a Defensoria Pública. A partir desse momento, os defensores públicos

106 CADH, art. 8º, §2º, inc. d "[…] direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha [...]" (*tradução nossa*). O PIDCP o garante em seu artigo 14, §3º, inc. d.

107 Corte IDH, *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*, 2010, §154.

108 Versão taquigráfica das sessões públicas ordinárias do pleno da SCJN, celebradas nos dias 3, 4, 6 e 10 de junho de 2013. Disponíveis em: http://goo.gl/EGyzuG.

têm acesso eletrônico ao inquérito policial da pessoa detida. Quando se trata de defensores particulares, o MP notifica por via telefônica; mas, para ter acesso à investigação, é necessário que compareçam aos gabinetes da Procuradoria e realizem os trâmites burocráticos.

Defensores públicos e particulares do DF afirmam que, durante as primeiras horas da detenção, é difícil que permitam ao preso realizar uma ligação telefônica para falar com seus familiares ou seu advogado de confiança. Comumente, só depois de o MP obter informação suficiente e reunir elementos para a ação penal, permite-se à pessoa detida fazer uma ligação. Além disso, apontam que esse tempo em que o MP deixa a pessoa detida incomunicável é crucial para desenvolver uma estratégia de defesa.

Na Baixa Califórnia, a experiência é diferente já que os defensores públicos relatam que as pessoas detidas são autorizadas a realizar ligações imediatamente. Na opinião deles, é incomum que a pessoa detida fique incomunicável devido ao sistema informatizado com que conta o procurador e que permite avisar imediato a Defensoria Pública.

Todavia, no mesmo estado, só 40% das pessoas em prisão preventiva perguntadas referiram que o MP lhes permitiu fazer uma ligação e 75% mencionaram ter visto pela primeira vez o advogado na primeira audiência perante o juiz.

3.2.4 Direito à defesa adequada na fase de execução penal

A reforma constitucional de 2008 incluiu um novo regime de execução penal já vigente em todo o país. Criou a figura do "juiz de execução" e um sistema penitenciário organizado sobre a base do respeito aos direitos humanos.[109] A defesa adequada não é a exceção.

A partir dessa mudança, cada estado deveria expedir leis na matéria. Contudo, no momento de redigir este documento, discutiam-se projetos de uma lei nacional única que será aplicável em todo o país. Existe consenso de que ela deve garantir o direito de defesa nessa fase do processo penal.

De acordo com a entrevista de um juiz penal no sistema acusatório, na etapa de execução, os defensores devem procurar justiça, ou seja, fazer valer perante o juiz a contagem exata dos dias que a pessoa permanecerá presa, o dia exato em que começou o cômputo, considerar a racionalidade da pena e contribuir para que o cumprimento

109 CPEUM, art. 18.

da pena seja pontual. Além disso, durante as audiências de execução, deve prevalecer o debate sobre a concessão de benefícios.

O juiz também apontou que o defensor tem a responsabilidade de saber em que momento se configuram as condições para que a pessoa presa se beneficie de alguma das alternativas à pena. Isso exige o contato periódico com a pessoa presa e a visita para assegurar-se que seus direitos sejam respeitados pelas autoridades penitenciárias dentro da prisão e, se for o caso, solicitar imediatamente ao juiz de execução uma audiência para garantir os direitos humanos do assistido. Isso quer dizer que, na etapa de execução, o advogado deve ter muita inciativa, ser dinâmico e proativo.

Em relação à etapa de execução de sanções, tanto advogados particulares quanto públicos começam a litigar essas questões perante os juízes de execução, incorporados aos sistemas de justiça penal inquisitivo e acusatório, a partir de 2011. Por exemplo, na Baixa Califórnia, a Defensoria Pública atendeu 24 casos na etapa de execução de sentenças em 2011 e 178 em 2012. No DF, prevê-se que toda pessoa sentenciada deverá contar com a assessoria especializada de seu advogado particular ou da Defensoria Pública em qualquer incidente que se apresente durante a execução da pena.[110] **Não foi possível obter dados estatísticos sobre o número de representações nessa etapa por parte dos defensores públicos.**

No DF, existem duas juízas penais especializadas em execução.[111] De acordo com o depoimento de especialistas entrevistados, a população privada da liberdade em centros de reinserção social do DF é tão alta que não se pode esperar uma função eficaz na proteção dos direitos das pessoas privadas de liberdade.[112] Além disso, também se menciona que, na teoria, a função dos juízes de execução inclui a resolução de conflitos entre a autoridade penitenciária e a pessoa sentenciada. Nesse sentido, a regulamentação normativa desse tema suprimiu esse poder para os juízes de execução do DF.

Além disso, subsistem os "estudos de personalidade", elemento que ser deveria ter sido eliminado com a reforma constitucional em matéria penitenciária. Sobre isso, acadêmicos comentam que no DF é lamentável que ainda se considere o sentenciado como uma pessoa que deve ser submetida à terapia para que mude "moralmente". Isso é assim porque, dentro dos centros de detenção, ainda existem os conselhos

110 Lei de Execução de Sanções Penais e Reinserção Social para o Distrito Federal, arts. 3º, II e 5º, I.

111 Na Baixa Califórnia, não existem juízes de execução especializados. Essa função é realizada pelos juízes penais ordinários.

112 O DF tem uma taxa de ocupação penitenciária de 184%, a segunda mais alta no país. Ver México Evalúa, 2013, p. 33.

interdisciplinares que tratam o sentenciado com programas de reinserção social do preso na sociedade como se se tratasse de pessoas com alguma deficiência psicossocial.[113]

3.3 Direitos e garantias vinculadas à efetividade da defesa

3.3.1 Direito a oferecer provas e testemunhas

De acordo com a Constituição, o acusado e seu defensor podem apresentar elementos probatórios que considerarem necessários para a investigação; também lhes devem dar o tempo e os meios para que compareçam as testemunhas que oferecerem.[114] Da mesma maneira, a CADH reconhece como direito da defesa inquirir as testemunhas e oferecer provas que esclareçam os fatos.[115]

O direito à defesa técnica, de acordo com a Corte IDH, não implica apenas na nomeação de um defensor, pois com isso não se satisfaz esse direito, mas também que dito defensor aja de maneira diligente, a fim de proteger os direitos da pessoa que defende.[116] Assim, o defensor deve ser proativo durante o processo e oferecer provas e testemunhas que ajudem a esclarecer os fatos.

No processo penal do DF, o acusado tem o direito de oferecer as provas e as testemunhas que considerar necessárias. O juiz tem o poder de auxiliar o acusado a apresentar provas e o acusado tem a opção de renunciar aos prazos estabelecidos quando o considerar necessário para exercer seu direito à defesa.[117] No caso da Baixa Califórnia, a lei garante às partes o direito à igualdade processual para sustentar a acusação ou a defesa; por isso, o procurador e a defesa têm o direito de oferecer provas e testemunhas em igualdade de condições.[118]

Segundo as entrevistas, advogados litigantes no DF indicaram que não existe uma regra sobre o acesso aos documentos que o MP utiliza para integrar a investigação preliminar. Portanto, durante essa fase administrativa, é muito difícil apresentar provas que contrariem o poder do MP nessa etapa.

A falta de regras sobre o acesso à pessoa detida e aos documentos que integram a investigação preliminar também impede que os advogados conheçam oportunamente

113 Ver Sarre, 2011.

114 CPEUM, art. 20, B, IV.

115 CADH, art. 8º, §2º, inc. f. Da mesma maneira, PIDCP, art. 14, §3º, inc. e.

116 Corte IDH, *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*, 2010, §155.

117 CPDF, art. 314.

118 CPPBC, art. 13.

os fatos e ofereçam uma defesa adequada. Nas palavras dos advogados entrevistados, a integração da investigação preliminar sem o acesso da defesa para oferecer provas, associado à regra que dá a ela valor probatório pleno e à falta de controle judicial estrito sobre os atos do MP, traduz-se, na prática, na pré-condenação daqueles que defendem.

Por outro lado, na Baixa Califórnia, o controle judicial da etapa de investigação, sob o sistema de audiências com base nos princípios de publicidade e contraditório, permite o exercício irrestrito desse direito pelos defensores.

3.3.2 Direito a contar com tempo suficiente e possibilidades para preparar a defesa

A Constituição estabelece que é um direito do acusado que lhe sejam fornecidos todos os dados que solicitar, com a oportunidade devida para preparar a defesa.[119] Na Baixa Califórnia, repete-se a previsão.[120] Da mesma maneira, a CADH aponta que, à pessoa submetida a processo, deverá conceder-lhe o tempo e meios necessários[121] à preparação de sua defesa.[122]

Se os advogados considerarem que o tempo de que dispõem para preparar uma defesa adequada é insuficiente, são eles quem deverão solicitar ao juiz a ampliação dos prazos.[123]

Esse direito só é garantido expressamente no sistema acusatório. No DF em nenhum caso existe a possibilidade de solicitar a suspensão de uma audiência para preparar a defesa, nem o texto constitucional vigente nem a legislação processual penal o garantem. Contudo, a Suprema Corte, em alguns casos, interpretou que dentro do direito à defesa adequada se encontra o direito de contar com tempo suficiente para preparar a defesa, oferecer provas e argumentar na audiência.[124] Em entrevistas com os

119 CPEUM, art. 20, B, VI.

120 CPPBC, arts. 356 e 368.

121 Os meios necessários devem englobar o acesso aos documentos e outras provas; esse acesso deve incluir todos os materiais que a acusação pretenda apresentar perante o tribunal contra o acusado ou que constituam provas . favoráveis à defesa. Serão considerados como provas favoráveis à defesa não só aquelas que estabeleçam a inocência, mas também outras provas que possam auxiliar a defesa. Ver Comitê de Direitos Humanos, 2007, §33, p. 13.

122 CADH, art. 8º, §2º, inc. b e PIDCP, art. 14, §3º, inc. b.

123 Comitê de Direitos Humanos, 2007, p. 12.

124 Suprema Corte de Justiça da Nação, jurisprudência n.º 2000976, tese isolada, décima época, T.C.C., S.J.F. e seu diário oficial, livro IX, junho de 2012, t. 2, p. 865 e jurisprudência n.º 2003152, tese isolada, décima época, T.C.C., S.J.F. e seu diário oficial, livro XVIII, março de 2013, t. 3, p. 2115.

diversos advogados do DF, eles apontaram que na prática é muito difícil contar com tempo suficiente para preparar a defesa, pois o MP sempre apresenta obstáculos para que o defensor consulte os dados e provas que até o momento foram obtidas.

3.3.3 Paridade de armas na produção e controle da prova e no desenvolvimento das audiências públicas e contraditórias

A reforma constitucional de 2008 estabelece a proibição expressa de que os juízes tratem assuntos relacionados com os processos em andamento sob seu conhecimento com qualquer uma das partes sem que a outra esteja presente.[125]

Uma das caraterísticas fundamentais do sistema tradicional é o poder com que conta o procurador dentro do processo penal com sua fé pública e o valor probatório pleno da fase de investigação preliminar. O sistema acusatório restaura o equilíbrio processual ao estabelecer expressamente a paridade entre as partes como um de seus princípios fundamentais.

Como se mencionou em seções anteriores, a falta de acesso oportuno aos documentos produzidos pelo MP durante a detenção administrativa no DF, constitui um dos fatores que mais afetam esse direito em etapas processuais posteriores.

Advogados litigantes no DF aludiram à ausência de padrões probatórios na legislação e na prática; algumas vezes, dizem, dão mais importância à prova indiciária, sem levar em conta a prova científica. Também é muito comum que uma pessoa seja condenada só com uma prova testemunhal ou pericial, sem que se contem com outros meios probatórios para demonstrar a culpabilidade do acusado. Esse problema se intensifica com a falta de serviços periciais ou investigadores próprios para os defensores públicos, ou com a incapacidade econômica das pessoas para pagar consultores independentes para esses serviços.

Na Baixa Califórnia, o princípio de paridade de armas deve ser preservado pelos juízes, que estão obrigados a remover os obstáculos que impeçam sua observância.[126] Além disso, proíbe que os juízes tratem de assuntos atinentes ao processo sem a presença de uma das partes. Isso também representa uma mudança radical em relação ao sistema tradicional em que é costume que os advogados defensores se aproximem dos juízes com os chamados "argumentos de orelha", sem a presença dos MP e vice-

125 CPEUM, art. 20, A, f. VI.

126 CPPBC, art. 13.

versa.[127] Esse princípio parece aplicar-se na prática no sistema acusatório, apoiado pelos princípios de publicidade e do contraditório.

No *Caso Acteal*, a SCJN se pronunciou, dentre muitos outros direitos, sobre paridade de armas, defesa adequada e a necessidade de fundamentar e motivar as decisões. Entre os critérios jurisprudenciais formados, estão os que permitem à defesa exigir a "nulidade da prova ilícita como uma garantia que possui o acusado durante todo o processo e cuja proteção pode fazer valer perante os tribunais alegando como fundamento o respeito às formalidades essenciais do procedimento, o direito de que os juízes se portem com imparcialidade e o direito a uma defesa adequada" (*tradução nossa*).[128]

Igualmente, a Corte considera que "é inadmissível que os meios de prova da mesma natureza —oferecidos por ambas as partes— tenham um padrão de valoração diferente, se tratando do MP ou do acusado, pois isso atenta contra as garantias de justiça imparcial, de equidade processual e de correta fundamentação e motivação" (*tradução nossa*).[129]

3.3.4 Direito a contar com um intérprete de sua confiança e à tradução dos documentos e provas

O rol de direitos constitucionais do acusado o inclui ao prever de maneira geral o direito a um intérprete para pessoas indígenas como parte do direito à jurisdição.[130] O artigo 2º da Constituição, consonante aa Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), é sua fonte normativa e é aplicável a qualquer pessoa que fale uma língua diferente do castelhano.[131]

No contexto cultural mexicano, esse direito torna-se relevante no que se refere à população indígena, cuja primeira língua não é espanhol e levando em conta que

127 Aba Roli, 2011, p. 28.

128 Suprema Corte de Justiça da Nação, jurisprudência n. 160.509, décima época, primeira sala, SJF e seu diário oficial, livro III, dezembro de 2011, tomo 3, p. 2.057.

129 Suprema Corte de Justiça da Nação, jurisprudência n. 160.513, décima época, primeira sala, SJF e seu diário oficial, livro III, dezembro de 2011, tomo 3, p. 2.103.

130 Suprema Corte de Justiça da Nação, jurisprudência n. 2.004.542, décima época, primeira sala, SJF e seu diário oficial, livro XXIV, setembro de 2013, tomo 1, p. 808.

131 Suprema Corte de Justiça da Nação, tese isolada n. 2.003.544, décima época, primeira sala, SJF e seu diário oficial, livro XX, maio de 2013, tomo 1, p. 535. Nela, a Corte explica a importância de que a pessoa conte não só com assistência consular, mas também com um tradutor como forma de garantir o direito de defesa adequada.

existem cerca de 364 variantes linguísticas que devem ser tratadas como línguas pelo sistema de justiça.[132]

Nos últimos anos, tem sido realizado um esforço para garantir e proteger os direitos das pessoas indígenas à luz das diretrizes internacionais, ratificando a Convenção 169 da OIT, a Declaração Universal da Unesco sobre a Diversidade Cultural e subscrevendo a Declaração das Nações Unidas sobre direitos dos povos indígenas.[133] A Constituição garante às pessoas indígenas o direito a contar a todo o tempo com a assistência de intérpretes e defensores que tenham conhecimento de sua língua e cultura. Além disso, as autoridades devem levar em conta seus costumes e especificidades culturais dentro do processo penal.[134]

No país, existe a Lei Geral dos Direitos Linguísticos dos Povos Indígenas, que estabelece os alcances do texto constitucional e cria o Instituto Nacional de Línguas Indígenas, cujo fim é promover, preservar e desenvolver as línguas indígenas. No entanto, na prática não existem intérpretes profissionalizados no sistema de justiça.[135]

Recentemente, a SCJN publicou o protocolo de conduta no âmbito da justiça em casos que envolvam direitos de pessoas, comunidades e povos indígenas, uma útil ferramenta para que os atores do sistema de justiça criminal garantam os direitos dessas pessoas. Uma de suas disposições mais importantes estabelece que toda pessoa indígena deve ter acesso a um intérprete desde o momento de sua detenção. Além disso, a fim de proteger o direito a uma defesa adequada, recomenda aos juízes que solicitem intérpretes ou peritos técnicos culturais para garantir que as pessoas indígenas entendam o que acontece no processo e possam ser entendidas durante ele. O referido intérprete ou tradutor deve ser disponibilizado de maneira gratuita. Todas as pessoas indígenas têm direito a falar em sua própria língua perante os tribunais.[136]

Em 2007, um estudo realizado pelo Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos no México informou que só 16% das pessoas

132 Ver http://goo.gl/BgkQkO.

133 Ramírez, 2012, p. 20.

134 CPEUM, art. 2º, inc. a, fracc. VIII. Fortalece esse direito a CADH em seu artigo 8º, parágrafo 2º, inciso a, ao reconhecer que todo acusado deve ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, se não compreende ou não fala o idioma do tribunal. De igual forma, estabelece o artigo 14, parágrafo 3º, inciso f, do PIDCP. "Se o acusado não fala o idioma empregado no julgamento, mas está representado por um advogado que conhece esse idioma, poderá bastar que se forneçam a este os documentos pertinentes do processo" (*tradução nossa*). Comitê de Direitos Humanos, 2007, §33.

135 Ramírez, 2012, p. 60.

136 Suprema Corte de Justiça da Nação, 2013, pp. 16, 33 e 34.

indígenas privadas de liberdade entrevistadas tinham contado com tradutor ou intérprete em algum momento do processo.[137]

Na Baixa Califórnia, as autoridades estão obrigadas a garantir que se tomem as medidas necessárias para que toda pessoa entenda o que está acontecendo no processo, ainda que exista uma disposição expressa que estabelece que todos os atos em julgamento devem ser feitos em espanhol. Também se prevê que qualquer documento ou gravação em um idioma diferente do espanhol deverá ser traduzido. Os serviços de intérprete são gratuitos e os custos são cobertos pelo Estado.[138]

Advogados com experiência na defesa de pessoas indígenas relatam que, durante os processos penais contra eles, persiste a violação sistemática a seu direito de contar com um intérprete. Na prática, dizem, os juízes se assumem como peritos linguísticos, porque perguntam aos detidos ou acusados se entendem espanhol e, sem ter uma opinião técnica, assumem que, se responderem que sim, isso é suficiente para continuar o processo.

Uma reclamação generalizada entre os povos e as comunidades indígenas é a carência de tradutores e intérpretes qualificados e o pagamento para quem realiza essa tarefa. Além disso, considera-se que é muito difícil dispor de tradutores para todas as línguas e as variantes linguísticas existentes.[139]

3.4 Direitos ou garantias judiciais relativas ao julgamento imparcial

3.4.1 Direito à presunção de inocência

De acordo com o rol de direitos constitucionais, toda pessoa acusada deve presumir-se inocente enquanto não se declarar sua culpabilidade mediante sentença emitida por um juiz.[140] O texto constitucional anterior à reforma de 2008, que ainda está em vigor nos estados nos quais persiste o sistema inquisitivo, não estabelece expressamente o direito do acusado à presunção de inocência como atualmente o estabelece seu texto reformado, ainda que seja reconhecido pela jurisprudência da SCJN.[141]

137 Centro Profissional Indígena de Assessoria, Defesa e Tradução, 2010, p. 8.

138 CPPBC, arts. 23, 66, 69, II, e 122, V.

139 Ramírez, 2012, p. 42.

140 CPEUM, art. 20, B, I, CADH, art. 8º, §2 e PIDCP, art. 14, §2º.

141 Suprema Corte de Justiça da Nação, jurisprudência n. 172.433, tese isolada, nona época, segunda Sala, SJF e seu diário oficial, tomo XXV, maio de 2007, p. 1.186.

A Constituição, contudo, estabelece duas restrições importantes à presunção de inocência —que prevalecem sobre os direitos convencionais. Uma contempla a prisão preventiva obrigatória para certo tipo de delitos considerados de alto impacto social,[142] e a segunda impõe o *arraigo* que constitui uma privação da liberdade sem acusação até por 80 dias com autorização de um juiz, por delitos relacionados ao crime organizado.[143]

Definitivamente, essas duas disposições contrariam padrões internacionais. Por exemplo, o Comitê de Direitos Humanos da ONU, em suas observações finais à Argentina, sustentou que "não deve existir nenhum delito para o qual seja obrigatória a prisão preventiva" (*tradução nossa*).[144]

Além disso, a Corte IDH, no *Caso Suárez Rosero vs. Equador*, estabeleceu que a prisão preventiva é uma medida cautelar não punitiva.[145]

A presunção de inocência, como regra de tratamento, exige que todas as pessoas submetidas a processo penal sejam tratadas como inocentes tanto por atores do sistema —com exceção do MP— quanto por terceiros.[146]

Em geral, a atitude em relação a pessoas detidas e/ou acusadas é de "presunção de culpa". Tanto as autoridades quanto os meios de comunicação e o público em geral assumem que uma pessoa detida é culpada.[147] Predomina a expressão de "suposto delinquente" para se referir a toda pessoa acusada de um delito.

Em 26 de março de 2012, a Comissão de Direitos Humanos do DF (CDHDF) emitiu a recomendação 3/2012, sobre a apresentação de "supostos autores" perante os meios de comunicação,[148] recomendação que até a data não se cumpriu. De acordo com a pesquisa da Comissão (92 casos), várias das pessoas apresentadas foram vinculadas a delitos diferentes daqueles de que originalmente foram acusadas —geralmente delitos menos graves *Caso Suárez Rosero vs. Equador*—, e outras pessoas foram absolvidas.

142 CPEUM, art. 19.

143 CPEUM, art. 16.

144 Comitê de Direitos Humanos, 2000, §10.

145 Corte IDH, 12 de novembro de 1997, *Caso Suárez Rosero vs. Equador*, Série C, n. 35, §77. "Além disso, a duração da detenção preventiva nunca deverá ser considerada indicativo de culpabilidade ou do grau dela" (*tradução nossa*): Comitê de Direitos Humanos 2007, §30, p. 11.

146 No *Caso Gridin vs. Rusia*, o Comitê de Direitos Humanos disse que as declarações das autoridades sobre a culpabilidade da pessoa foram muito difundidas nos meios de informação e considerou que não agiram com prudência para proteger a presunção de inocência da pessoa acusada de um delito. O Comentário Geral No. 32 do PIDCP no parágrafo 30 aponta que "os meios de comunicação deverão evitar expressar opiniões prejudiciais à presunção de inocência" (*tradução nossa*).

147 Ver Lara, 2011.

148 Comissão de Direitos Humanos do Distrito Federal, 2012.

Em resposta à recomendação, a Procuradoria emitiu o Acordo A/003/2012, pelo qual reformou o *Protocolo para a apresentação perante os meios de comunicação de pessoas postas à disposição do MP*.[149] Essa modificação não mudou, no geral, as práticas denunciadas pela CDHDF. Finalmente, depois de uma audiência perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante CIDH) em 2013, solicitada pela própria Comissão e outras organizações e representantes da sociedade civil,[150] a procuradoria do DF publicou em seu diário oficial o protocolo para a apresentação perante os meios de comunicação de pessoas postas à disposição do procurador. De acordo com esse documento, a apresentação se fará mediante um boletim que deve conter a foto do detido e o esclarecimento de que se trata de um "provável autor", também se acrescentará um resumo dos fatos e as caraterísticas do presumível cometimento do delito.[151]

Recentemente, a SCJN resolveu o *Caso Florence Cassez,* paradigmático para a presunção de inocência, em que se determinou que a exibição antecipada da acusada perante os meios de comunicação como uma "suposta delinquente" gerou um efeito corruptor nas provas visto que ainda não tinha sido apresentada ao juiz quando foi julgada prévia e publicamente pelos meios de comunicação.[152]

O sistema misto/inquisitivo sempre padeceu um déficit de presunção de inocência. Por exemplo, um estudo comparado entre as legislações dos estados constatou que, em nenhuma das legislações do sistema tradicional, se reconhece expressamente o direito à presunção de inocência nem se expressa que o ônus da prova deve recair no MP e não no acusado, enquanto nas legislações dos estados que implementaram o sistema acusatório se reconhece de forma expressa esse direito e que o ônus da prova recai no MP.[153]

3.4.2 Direito a se manifestar ou a permanecer em silêncio

O rol de direitos constitucionais reconhece que toda pessoa acusada tem direito a depor ou a permanecer em silêncio. Esse direito deve ser reconhecido desde o momento da detenção e o silêncio não tem efeitos jurídicos.[154]

149 Procuradoria-Geral de Justiça do Distrito Federal, 2012.

150 Ver http://goo.gl/J14n6j.

151 Procuradoria-Geral de Justiça do Distrito Federal, 2013.

152 Suprema Corte de Justiça da Nação, primeira sala, amparo direto em revisão 517/2011, pp. 130 e 136. Disponível em: http://goo.gl/dxWtfD.

153 Mendoza, 2012, p. 170.

154 CPEUM, art. 20, B, II.

O estudo sobre a população interna de presídios do DF e do estado do México sustentou que, em 2009, 72% dos detidos não foram informados de seu direito a não depor.[155] Entrevistas com especialistas no DF indicaram que a prática generalizada durante a fase de investigação preliminar consiste em exercer o direito a permanecer em silêncio durante a declaração do MP. Todavia —de acordo com alguns entrevistados—, se a pessoa decidir depor aconselhada seu defensor durante a declaração preparatória alguns juízes consideram que houve "*preparação*", por não ter se manifestado na primeira oportunidade perante o MP. Isso significa que permanecer o silêncio na primeira oportunidade, *de facto,* pode ter um efeito negativo para a pessoa acusada.

No DF, um dos grandes vícios que se apresenta quanto a esse direito são as confissões obtidas sob tortura, maus-tratos ou intimidação. Como se mencionou anteriormente, essas práticas não são excepcionais.[156] Assim, ao chegar o momento do depoimento ministerial, a pessoa se encontra em um grau de vulnerabilidade tal que lhe impede de seguir o conselho de seu defensor de se manifestar depor, levando em conta que o defensor irá embora e o acusado permanecerá preso. A declaração acusando terceiros ou a confissão assumindo a culpa para si dificilmente pode ser controvertida sob o argumento de que foi coagida, pois o MP alega que foi obtida na presença do advogado do acusado.

155 Bergman e Azaola, 2013, p. 35.

156 Em 2011, a CDHDF recebeu 1.019 queixas por violação do direito à integridade pessoal. De acordo com o relatório anual da instituição, 64,2% do total de queixas recebidas, referem-se à provável violação desse direito. Ainda que nem todas as 1.019 queixas correspondam necessariamente a tortura, a percepção dos cidadãos de que foram submetidos a tortura é muito alta. As autoridades mais comumente acusadas de tortura são a Secretaria de Governo (Encarregados do sistema penitenciário), a Secretaria de Segurança Pública e a Procuradoria-Geral de Justiça. O relatório da CDHDF, pôde identificar práticas sistemáticas de incomunicação por um tempo prolongado durante a detenção, falta de supervisão e controle institucional durante o tempo em que acontecem as detenções e a colocação da pessoa sob responsabilidade do MP. Entre as práticas identificadas se apontam traumatismos, asfixia e humilhações. Ver Relatório CNDH, 2011, pp. 189-192. Outrossim, Human Rights Watch (HRW) reporta que a tortura no México é um problema sério que permanece. Aponta que é aplicada de maneira mais frequente durante o tempo que transcorre entre o momento da detenção e a colocação da pessoa sob a responsabilidade do MP. Algumas das práticas mais comuns são pancadas, asfixia com sacolas de plástico, choques elétricos e ameaças de morte. O mesmo relatório assinala que um dos fatores que contribuem para perpetuar essas práticas é a aceitação judicial de confissões obtidas mediante tortura e tratamentos degradantes, assim como a "cumplicidade de defensores públicos encarregados de zelar pela proteção dos direitos dos acusados" (*tradução nossa*). Outra falha, aponta a organização, é "a omissão das autoridades de investigar e processar a maioria dos casos de tortura, incluindo a omissão em ordenar os exames médicos previstos para avaliar a condição física e psicológica de uma potencial vítima de tortura" (*tradução nossa*). Ver World Report, 2012.

Esse círculo vicioso é convalidado pelos parâmetros do Poder Judiciário da Federação que, em nome do princípio de celeridade, dá maior valor probatório ao primeiro depoimento.[157] Essa situação ocorre apesar de existirem critérios jurisprudenciais que proíbem a valoração de provas obtidas ilegalmente e em violação a direitos fundamentais porque, caso seja feito, se viola a garantia à presunção de inocência[158] e, ainda mais, porque a Convenção Americana estabelece que a confissão só é válida se for feita sem coações de nenhuma natureza.[159] Os juízes que atribuem valor às confissões coagidas violam um direito convencional. Adicionalmente, a Corte IDH sustenta que, quando o acusado alegar que seu depoimento ou confissão foi obtido mediante coação ou tortura, o ônus da prova não deve recair nele, mas sim na autoridade que deve demostrar que a confissão foi voluntária.[160]

Por outro lado, na opinião de todos os advogados litigantes entrevistados com experiência no sistema de justiça criminal do DF, é muito difícil anular essa confissão, inclusive se existe evidência de tortura. Quando existem provas, obtidas mediante a aplicação do Protocolo de Istambul e as recomendações emitidas pelas comissões de direitos humanos, integram-se ao processo só como "indícios".

Especialistas expressaram que no sistema de justiça acusatório também é possível que se obtenha uma confissão coagida; contudo, a probabilidade de que isso aconteça diminuiu devido à proibição de procuradores interrogarem as pessoas exceto na presença de um juiz.

Segundo a pesquisa realizada com pessoas privadas de liberdade na Baixa Califórnia, 80% contestaram que, durante sua detenção, tenham sido informadas que tinham direito a permanecer em silêncio ou a depor, e que não tenham sofrido maus-tratos ou uso de força física desmedida.

157 Suprema Corte de Justiça da Nação, jurisprudência n. 201.617, nona época, TCC, SJF e seu diário oficial, tomo IV, agosto de 1996, p. 576.

158 Suprema Corte de Justiça da Nação, jurisprudência n. 160.500, décima época, primeira sala, SJF e seu diário oficial, livro III, dezembro de 2011, tomo 3, p. 2.058.

159 CADH, arts. 8º, §2º, inc. g, e 8º, §3º. É preciso destacar que tanto a CADH quanto o PIDCP em seu artigo 14, §3º, inc. g, proíbem que os estados obriguem as pessoas acusadas a deporem contra si mesmas e/ou se confessarem culpadas. O parágrafo 41 do Comentário Geral n. 32 do PIDCP dispõe que no "[d]ireito interno deve estabelecer-se que as provas e os depoimentos ou confissões obtidas por métodos que violem o artigo 7º do Pacto ficarão excluídas das provas, salvo se forem usadas para demonstrar que houve tortura ou outros tratamentos proibidos por essa disposição" (*tradução nossa*).

160 Corte IDH, *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*, 2010, §136.

3.4.3 Direito a permanecer em liberdade durante o processo, enquanto se espera pelo julgamento

O rol de direitos constitucionais aponta que a pessoa acusada tem direito a ser colocada em liberdade, ainda que continue o processo. Essa liberdade pode estar condicionada ao cumprimento de algumas medidas cautelares que garantam seu comparecimento ao julgamento.[161] Além disso, um relatório recente da CIDH adverte que o mero fato de uma pessoa responder a um processo penal em prisão preventiva constitui por si uma desvantagem processual, que aumenta as dificuldades para preparar e apresentar uma defesa criminal efetiva.[162]

No DF, toda pessoa acusada tem o direito durante a etapa de investigação e, no processo judicial, a ser posta em liberdade provisória sob fiança, assim que o solicitar e cumprir com os requisitos estabelecidos na lei. Estes consistem em garantir economicamente os valores estimados da reparação do dano e das sanções econômicas que possam ser impostas, garantir o cumprimento das obrigações que derivem do processo e, o mais importante, que não se trate de um delito para o qual não se pode aplicar alternativa à prisão preventiva.[163] A fiança pode ser paga em dinheiro ou garantir-se mediante hipoteca, penhor, fiança pessoal e fideicomisso de garantia.[164]

Ao conceder-se o benefício da liberdade sob fiança, a pessoa tem a obrigação de apresentar-se perante o MP ou o juiz quantas vezes forem requeridas, notificar a mudança de moradia e apresentar-se semanalmente perante a autoridade correspondente. A revogação desse benefício pode ocorrer nos casos em que a pessoa incorra em alguma falta grave a suas obrigações ou quando desobedecer alguma ordem judicial ou deixar de exibir os depósitos quando o pagamento for em parcelas. Também se for sentenciada por um novo delito doloso passível de pena privativa de

161 O artigo 19 da CPEUM estabelece: "O Ministério Público só poderá solicitar ao juiz a prisão preventiva quando outras medidas cautelares não forem suficientes para garantir o comparecimento do acusado no julgamento, o desenvolvimento da investigação, a proteção da vítima, das testemunhas ou da comunidade, assim como quando o acusado estiver sendo processado ou foi sentenciado previamente pelo cometimento de um delito doloso" (*tradução nossa*). Da mesma forma, a Corte IDH argumentou em diferentes casos que o Estado deve preferir as medidas menos lesivas, que garantam o comparecimento no julgamento da pessoa acusada, à prisão preventiva. Ver Corte IDH, 17 de novembro de 2009, *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, Série C, n. 106, §120, e Corte IDH, 30 de outubro de 2008, *Caso Bayarri vs. Argentina*, Série C, n. 187, §63. Ver também CADH, art. 7º, §5º, e PIDCP, art. 9º, §3º.

162 CIDH, 2013, §194.

163 CPPDF, art. 556.

164 CPPDF, art. 562.

liberdade ou se ameaçar a vítima ou testemunha. Ou se durante a instrução aparecer que o delito é grave, e quando for executada a sentença proferida em primeira ou segunda instância.[165]

O texto constitucional reformado, aplicável no sistema acusatório, dispõe que a prisão preventiva é uma medida excepcional de último recurso para prevenir riscos processuais. Contudo, o mesmo texto se contradiz de imediato ao gerar exceções para os casos em que a pessoa acusada tenha sido previamente condenada por um delito doloso ou esteja submetida a outro processo penal. Uma contradição mais é a previsão constitucional de delitos para os quais não são aplicáveis alternativas à prisão preventiva.[166]

Recentemente, o Observatório Cidadão do Sistema de Justiça Criminal, mediante exercícios de observação em 22 audiências, contabilizou as decisões judiciais relativas a medidas cautelares aplicáveis aos acusados em processos em Mexicali, a partir das quais se identificou que em 50% dos casos prevaleceu a prisão preventiva frente a outras medidas como a prisão domiciliar ou monitoramento eletrônico, resultado que reforça nossa tese.[167]

Além disso, como se mencionou na seção relativa à presunção de inocência, a Constituição prevê a figura do *arraigo* como uma medida cautelar constitucional em casos federais de crime organizado, que consiste na restrição da liberdade pessoal ordenada por um juiz a pedido do MP para que uma pessoa permaneça detida em um lugar determinado até por 80 dias. Sua finalidade é assegurar o processo penal e quando existirem as indícios de que seja necessário para o sucesso da investigação; a proteção de pessoas ou bens jurídicos; e/ou que exista o risco fundado de que o acusado se subtraia à ação da justiça.[168]

Nos estados, o *arraigo* estava sujeito ao disposto pelo artigo transitório da Constituição, que facultava ao MP a solicitação da prisão domiciliar do acusado ao juiz quando se tratasse de delitos graves por até 40 dias. Essa disposição deixaria de estar em vigor para os estados até que implementassem o sistema acusatório. Recentemente, a SCJN, em uma ação de inconstitucionalidade, determinou que essa

165 CPPDF, art. 568.

166 CPEUM, art. 19, inc. 2º.

167 Observatório Cidadão do Sistema de Justiça Criminal, 2014.

168 CPEUM, art. 16, §8º.

figura constitucional não pode ser utilizada pelos estados, unicamente pela federação para casos de crime organizado.[169]

Assim, tanto o *arraigo* federal quanto a prisão preventiva de ofício constituem restrições constitucionais a direitos fundamentais que, neste momento, não podem ser revertidas via aplicação do princípio *pro homine*. Por isso, toda pessoa submetida a essas medidas terá violado seu direito a permanecer em liberdade durante o processo penal.

3.4.4 Direito a ser julgado em um prazo razoável

A Constituição estabelece dois prazos máximos para o julgamento: o primeiro é de quatro meses para delitos que não excedam os dois anos de pena; o segundo, de um ano para aqueles em que a pena seja superior. Além disso, impõe-se um prazo máximo da prisão preventiva, que em nenhum caso será superior a dois anos. Todos esses prazos têm como exceção o exercício do direito de defesa do acusado.[170] Da mesma maneira, a CADH reconhece a toda pessoa acusada o direito a ser julgada dentro de um prazo razoável.[171]

No plano formal, a duração máxima em ambos os sistemas penais cumpre com o padrão constitucional de um ano. Na realidade, os processos penais no sistema inquisitivo, como no DF, têm uma duração média de 543 dias, enquanto os processos no sistema acusatório, como na Baixa Califórnia, têm uma duração média de 152 dias, o que equivale a uma diferença de 391 dias entre ambos os sistemas.[172]

Um estudo sobre operadores e usuários de ambos os sistemas de justiça penal concluiu que a percepção sobre o sistema acusatório é quase sete vezes mais favorável que a do sistema inquisitivo. No sistema tradicional, só 11,8% consideram que a justiça é rápida e 21,4% dizem que é célere; enquanto no sistema acusatório essas porcentagens são de 75,7% e 68,3%, respectivamente. O estudo também aponta que os entrevistados, as vítimas e os peritos em ambos os sistemas expressaram que esse princípio constitucional não se cumpre de maneira efetiva.[173]

169 Suprema Corte de Justiça da Nação, Ação de Inconstitucionalidade 29/2012. Disponível em: http://goo.gl/Pj1KWo.

170 CPEUM, art. 20, B, VII e IX.

171 CADH, art. 7.5. O artigo 14, parágrafo 3º, inciso c, do PIDCP dispõe que toda pessoa acusada deverá ser julgada sem dilações indevidas.

172 Mendoza, 2012, p. 196.

173 *Ibid.,* pp. 140 e 141.

3.4.5 Direito a ser julgado em audiência pública por um juiz independente e imparcial

A constituição e os tratados de direitos humanos determinam que toda pessoa em conflito com a lei penal seja julgada em audiência pública por um juiz ou um tribunal previamente estabelecido,[174] independentemente do tipo de sistema de justiça criminal. Essa característica se reforça no sistema acusatório no qual a publicidade é um princípio.

No caso da Baixa Califórnia, o direito a ser julgado em audiência pública tem exceções quando existirem razões de segurança nacional ou segurança pública; para proteção das vítimas, testemunhas ou menores de idade; quando se puser em risco a revelação de dados legalmente protegidos; quando o tribunal estimar que existem razões fundadas para justificá-lo; e todas aquelas previstas especificamente na lei. Para que a decisão seja procedente, o tribunal deve fundá-la e constar no registro do debate.[175] Para o caso do DF, a lei só estabelece uma exceção, quando se trata do delito de estupro.[176]

Um estudo recente que avalia o princípio de publicidade em ambos os sistemas relata que, no sistema inquisitivo —como no DF—, o acesso aos tribunais é restrito; não há sala de audiências nem lugares reservados para que as pessoas possam escutar adequadamente o que acontece na audiência enquanto estão atrás de uma área gradeada; o espaço em que se realizam as audiências é muito barulhento e impede que se escute o que está sendo dito na audiência. Além disso, os registros das audiências são feitos por escrivães em computadores e, muitas vezes, não permitem que os advogados defensores revisem o que escrevem. Em contrapartida, nos estados nos quais já se implementou o sistema acusatório, existem salas de audiências abertas ao público para que qualquer pessoa possa livremente acompanhar o desenvolvimento das audiências.[177]

A área gradeada é um dos elementos que melhor caracteriza o sistema inquisitivo.

É um espaço dos tribunais para o qual a pessoa acusada é levada durante sua audiência; uma grade separa a pessoa do restante do público e do juiz, caso este esteja presente. Durante o tempo que durar a audiência, a pessoa não pode ir ao banheiro nem tem acesso a uma cadeira para se sentar. Às vezes, segundo as fontes consultadas,

174 CPEUM, art. 20, B, V, CADH, arts. 5º e 8º, §1º, e PIDCP, art. 14, §1º.

175 CPPBC, art. 321.

176 Código Penal para o Distrito Federal, art. 59.

177 Mendoza, 2012, pp. 127-130.

para conseguir uma cadeira, é necessário pagar uma taxa; outras fontes entrevistadas relataram ter estado presentes em um tribunal do DF no qual se colocou uma espécie de cortina de borracha para evitar que o "mau cheiro" daquele espaço se espalhasse pelo tribunal.[178]

Por outro lado, em 2009, relatou-se que 72% das pessoas presas no DF e do estado do México disseram que o juiz não esteve presente na audiência da declaração preparatória.[179] Em 2012, em um estudo realizado em presídios federais, os presos relataram que os juízes se ausentaram durante as audiências e que, quando estiveram presentes, geralmente não interagiram diretamente com os acusados. 75% dos entrevistados apontaram que nunca conversaram com o juiz ou a juíza e 52,4% deles afirmaram que o juiz não esteve presente no momento da declaração preparatória.[180]

Alguns dos entrevistados no estudo sobre a carreira jurídica no México mencionaram sua insatisfação com o fato de que, em muitos casos, o exercício do direto à audiência com o juiz é impedido pela constante ausência dele nas etapas do julgamento. Frequentemente, os clientes e seus defensores têm que tratar com as secretárias e os secretários dos juízes.[181] Alguns salientaram a importância dos recursos de amparo como mecanismo alternativo para obter direitos de audiência em primeira instância.[182] Essa situação é reforçada com o estudo sobre os presos do DF e do estado do México de 2009, em que 82% dos entrevistados comentaram que nunca puderam conversar pessoalmente com o juiz.[183]

O mesmo já não acontece no sistema acusatório visto que, de acordo com o recente relatório geral sobre o desenvolvimento do processo de implementação da nova reforma, constatou-se que em 100% das audiências acompanhadas os juízes estiveram presentes.[184]

Na Baixa Califórnia, por outro lado, observou-se que ainda que o acesso às audiências seja efetivamente público, exige-se o depósito de todos os aparelhos

178 "Normalmente, os acusados não deverão ser mantidos algemados ou estarem 'enjaulados' durante o julgamento nem serem apresentados perante o tribunal de alguma maneira que dê a entender que poderia tratar-se de delinquentes perigosos". Ver Comitê de Direitos Humanos, 2007, §30, p. 11.

179 Bergman e Azaola, 2013, p. 45.

180 Centro de Pesquisa e Docência Econômicas, 2012, pp. 8 e 71.

181 No sistema tradicional é a pessoa encarregada de dar fé e legalidade a todos os atos realizadas pelo juiz. No sistema acusatório, essa figura foi eliminada.

182 Nações Unidas, 2011, p. 28.

183 Bergman e Azaola, 2013, p. 41.

184 Zepeda, 2012, p. 69.

eletrônicos como telefones, câmaras etc, bolsas e identificação oficial, além de passar por um detector de metais para poder entrar nas salas.

3.4.6 Direito a que as decisões que afetam os acusados sejam motivadas em fundamentos razoáveis

Em diferentes lugares, o texto constitucional ordena que as autoridades fundamentem e motivem suas decisões. Prevê, por exemplo, que ninguém pode ser importunado em sua pessoa sem que previamente exista uma ordem da autoridade que fundamente e motive a causa legal do procedimento. No caso das sentenças penais, proíbe-se impor —por simples analogia e por senso comum— pena alguma que não esteja prevista em uma lei sobre o delito de que se trata. Além disso, contempla que as sentenças que ponham fim aos procedimentos orais deverão ser explicadas em audiência pública com citação prévia das partes.[185]

Em matéria penal existem numerosos critérios judiciais que explicam e desenvolvem o que deve entender o julgador por fundamentar e motivar qualquer decisão que profira durante o processo. Por exemplo, o critério que distingue quando estamos diante de uma falta ou indevida fundamentação e motivação.[186] Igualmente, a SCJN define a fundamentação e motivação como "a identificação do preceito legal aplicável ao caso e, além disso, deve indicar com precisão as circunstâncias especiais, razões particulares ou causas imediatas que foram levadas em consideração para a decisão" (*tradução nossa*). Também assinalou que é fundamental "que exista adequação entre os motivos aduzidos e as normas aplicáveis, isto é, que no caso concreto se configurem as hipóteses normativas" (*tradução nossa*).[187]

No tocante a esse direito, os juízes de garantias constitucionais estabeleceram precedentes sobre a devida fundamentação e motivação das decisões e apontaram que certas decisões têm que serem emitidas necessariamente por escrito.[188] A transição de um sistema a outro também implica uma mudança de paradigma, portanto os juízes em geral têm o novo desafio de deixar para trás o sistema inquisitivo que, por sua natureza, é escrito para passar a um novo, em que deve prevalecer a oralidade. Esses

185 CPEUM, arts. 14, 16, 17 e 20.

186 Suprema Corte de Justiça da Nação, jurisprudência n. 173.565, nona época, TCC; SJF, e seu diário oficial, tomo XXV, janeiro de 2007, p. 2.127.

187 Suprema Corte de Justiça da Nação, jurisprudência n. 820.034, sétima época, segunda sala, ap. 1988, parte II, p. 1.481.

188 Zepeda, 2012, p. 68.

juízes ainda relacionam o escrito com uma adequada fundamentação e motivação; contudo, é claro que no sistema acusatório é um requisito básico que os juízes motivem suas decisões em fundamentos razoáveis muito além de registrá-los em um papel.

3.4.7 Direito a uma revisão integral da sentença condenatória

Em uma interpretação sistemática da Constituição, a SCJN determinou que esse direito se encontra garantido pelo recurso de amparo direto.[189] Também, a Convenção Americana reconhece como direito de toda pessoa acusada recorrer da sentença perante um juiz superior;[190] essa revisão deve ser simples, rápida e, principalmente, efetiva.[191] No caso contencioso *Castañeda Gutman vs. México,* a Corte IDH sustentou que se deve oferecer à pessoa a possibilidade real de interpor um recurso e que essa garantia constitui um dos pilares básicos do estado de direito em uma sociedade democrática.[192]

No estado da Baixa Califórnia, existem dois recursos que permitem a revisão integral da sentença condenatória. O primeiro deles corresponde ao recurso de nulidade, que procede quando a resolução não tenha observado ou tenha aplicado erroneamente um preceito legal. O recurso deve apresentar-se dentro dos 10 dias seguintes à notificação da resolução.[193] O segundo é o recurso de revisão que procede contra uma sentença transitada em julgado nas seguintes hipóteses: de a sentença ter sido fundada em prova falsa e assim tenha sido declarado judicialmente; quando sobrevierem fatos de prova que evidenciem que o fato delitivo não existiu ou não se cometeu; e quando existir uma lei, jurisprudência ou decreto que lhe beneficie.[194]

No DF, o recurso por excelência que permite a revisão integral da sentença expedida pela primeira instância é a apelação;[195] a mesma lei outorga ao órgão revisor os mesmos poderes que o juiz de primeira instância, isto é, poderá voltar a analisar e valorar as provas oferecidas no julgamento.[196]

189 Suprema Corte de Justiça da Nação, jurisprudência n. 161.822, nona época, TCC, SJF, e seu diário oficial, tomo XXXIII, junho de 2011, p. 980.

190 CADH, art. 8º, §2º, inc. h. No mesmo sentido, PIDCP, art. 14, §5º.

191 CADH, art. 25.1.

192 Corte IDH, 6 de agosto de 2008, *Caso Castañeda Gutman vs. México*, Série C, n. 184, §78.

193 CPPBC, art. 415.

194 CPPBC, art. 426.

195 CPPDF, art. 414.

196 CPPDF, art. 427.

Um trabalho conjunto entre o Alto Comissariado das Nações Unidas e o Tribunal Superior de Justiça do DF em que elaboraram indicadores sobre julgamento justo, constatou-se que a taxa de apelação em 2010 foi de 105%. A taxa é maior do que 100% porque de um só julgamento podem apresentar-se várias apelações. Outro dado de interesse é que 67,3% dos usuários disseram que, depois de obterem uma sentença penal, apelariam perante o Tribunal Superior.[197]

No contexto atual de transição de um sistema penal a outro, os juízes constitucionais que revisam as sentenças em amparo enfrentam grandes desafios visto que, na prática, seu desconhecimento do sistema acusatório "introduziu distorções e anomalias na concepção das novas figuras processuais" (*tradução nossa*).[198]

4. Cultura profissional dos advogados litigantes

O direito à profissão está garantido pela Constituição mexicana.[199] Com esse fundamento, a lei relativa ao exercício das profissões estabelece quem está autorizado para expedir os títulos profissionais, quem é a autoridade competente para expedir as cédulas profissionais e, de maneira geral, o funcionamento do exercício da profissão, as associações profissionais e os delitos e infrações administrativas no exercício da profissão.[200]

197 ACNUDH – México e TSJDF, 2011, pp. 110 e 112.

198 Zepeda, 2012, p. 68.

199 CPEUM, art. 5º. Um ponto que tem tido pouca visibilidade no exercício da advocacia é a falta de garantias protetivas oferecidas pelo Estado aos advogados que estão realizando a defesa criminal de alguma pessoa acusada de narcotráfico ou crime organizado. Segundo o Índice para a reforma da profissão jurídica no México, a percepção de alguns advogados está em que a advocacia poderia ser a segunda profissão mais perigosa depois do jornalismo. Nesses casos, os advogados se veem expostos a intimidações, assédio e intervenções em suas comunicações privadas por parte do próprio Estado. E, em casos mais graves, quando são ameaçados ou agredidos pelos cartéis contrários à pessoa que estão defendendo ou, inclusive, pelo próprio cliente, quando não se ganha o caso. Igualmente, acontece com os advogados que representam supostas vítimas de violações de direitos humanos por parte de funcionários públicos, como os militares ou policiais; nesses casos, é muito comum que os advogados sofram ameaças, atentados e inclusive, em muitas ocasiões, sejam assassinados. As organizações não governamentais são as mais vulneráveis a esse tipo de prática porque assumem a maioria dos casos importantes de violações dos direitos humanos. O relatório mais recente da ONU sobre a situação das defensoras e dos defensores de direitos humanos no México registra 89 agressões registradas entre novembro de 2010 e dezembro de 2012, das quais 38% são ameaças, 13% interferências arbitrárias, 12% assédio, 11% privação arbitrária da vida, 11% detenções arbitrárias, 6% atentados, 7% uso arbitrário do sistema de justiça criminal e 2% desaparecimento forçado. O DF é um dos cinco estados da República Mexicana que apresentam maior incidência de agressões às defensoras e aos defensores de direitos humanos.

200 Lei regulamentar do artigo 5º da Constituição, relativa ao exercício das profissões no DF.

A profissão de advogado pode ser exercida contanto que este possua a cédula profissional emitida pela Direção-Geral de Profissões da Secretaria de Educação Pública Federal. O requisito principal para adquiri-la é obter o título de advogado outorgado por universidade acreditada. Cada universidade define os requisitos de titulação, posto que não existem disposições normativas adicionais, associações profissionais de advogados que imponham padrões mínimos para exercer a profissão.[201]

A cédula profissional é um documento vitalício.[202] Não existe lei que obrigue os advogados a certificarem-se periodicamente ou a realizarem cursos de atualização para assegurar-se de que têm a capacidade para seguir exercendo a profissão e, por isso, manter a autorização para fazê-lo. Também não se conta com nenhum código de ética nem parâmetros profissionais obrigatórios para os advogados.[203]

No contexto nacional, não há um organismo que se encarregue de reunir as associações profissionais de advogados que existem em todo o país; o que mais se assemelha é a Confederação de Colégios e Associações de Advogados, que afirma representar a 54 mil profissionais, pertencentes a 390 associações de todo o país. Todavia, essa organização não tem nenhum impacto legal no exercício da profissão. A afiliação a associações é voluntária, portanto, o cumprimento de suas regras depende unicamente do compromisso e vontade de seus membros —estima-se que mais de 90% dos advogados não estão afiliados a uma associação pela falta de incentivos legais para fazê-lo—.[204]

A omissão legal na regulamentação da advocacia vai mais além da adoção de um modelo de afiliação ou certificação. Um relatório especial da ONU menciona que é urgente a adoção de uma regulamentação da advocacia que garanta uma representação profissional qualificada.[205] Esse documento diz lamentar a falta de uniformidade nos critérios de qualificação para o exercício da advocacia, e a ausência de um mecanismo de supervisão independente que possa zelar pela qualidade, integridade, ética e prestígio da profissão.[206]

A lei de profissões, assim como os códigos penais da Baixa Califórnia e do DF, contam com uma seção de infrações e delitos cometidos no exercício da profissão. No

201 Aba Roli, 2011, p. 1.
202 Ver http://goo.gl/sVnE4v.
203 Aba Roli, 2011.
204 *Idem.*
205 Nações Unidas, 2011, p. 16.
206 *Ibid.*, p. 2.

DF, a multa mínima por cometer uma infração é de USD 5 e a máxima de até USD 500.[207] Na Baixa Califórnia, a multa por uma infração menor é de mínimo USD 30 e máximo 900; se se tratar de infrações graves, a mínima é de USD 900 e a máxima de USD 1.800.[208]

A imposição de sanções administrativas na Baixa Califórnia é de responsabilidade do Departamento de Profissões do Estado;[209] no DF, da Direção-Geral de Profissões, que é a máxima autoridade nacional do seu tipo.[210] Uma das sanções administrativas contidas em ambas as leis é a de inabilitar ou suspender o exercício da profissão. Na prática, as sanções de inabilitação ou suspensão da cédula profissional a advogados não se aplicam visto que, durante 2011 e 2012, em todo o país se encontrou unicamente um registro de inabilitação ou suspensão por ano.[211]

O Código Penal da Baixa Califórnia contém um capítulo especial sobre delitos de advogados, defensores e litigantes, segundo o qual se imporá prisão de seis meses a três anos e suspensão até por três anos do exercício da advocacia.[212] Da mesma maneira, no DF a prisão é de seis meses a quatro anos e a suspensão por um período igual ao da pena imposta.[213] Considerando que no cometimento de qualquer tipo desses delitos será aplicada a suspensão do exercício de sua profissão, então, em conformidade com a estatística nacional de profissões, concluímos que, durante os anos 2011 e 2012, só se sentenciaram duas pessoas por esses delitos, se é que essas suspensões correspondem a uma suspensão por uma sentença penal.

Na experiência de advogados litigantes entrevistados, a falta de representação qualificada em um processo penal gera consequências incalculáveis para as pessoas acusadas. Muitas delas enfrentam longas condenações a penas privativas de liberdade —sem recurso algum para revertê-las— por uma má defesa, sem responsabilidade para quem provê o serviço.

207 Lei regulamentar do artigo 5º da Constituição, relativo ao exercício das profissões no Distrito Federal, arts. 61-73.

208 Lei de Exercício das Profissões para o Estado de Baixa Califórnia, art. 56 bis.

209 *Ibid.,* art. 53.

210 Lei regulamentar do artigo 5º da Constituição, relativo ao exercício das profissões no Distrito Federal, art. 65.

211 Ver Direção de Autorização e Registro Profissional da Secretaria de Educação Pública, ofício n. 2.603/2013.

212 CPBC, art. 337.

213 CPDF, art. 319.

5. Políticas públicas para uma defesa criminal efetiva

De uma análise do Plano Nacional de Desenvolvimento e o Plano das entidades federativas do DF e da Baixa Califórnia, percebe-se a ausência de políticas em matéria de defesa criminal, tanto públicas quanto privadas. Isso nos permite concluir que a defesa criminal não é um tema prioritário dentro da política criminal nem dentro das políticas públicas em matéria de direitos humanos. Em geral, a preocupação comum se refere à persecução penal, à implementação geral do sistema de justiça criminal ou ao sistema penitenciário. Não existe referência específica à defesa.

A Agenda Nacional de Direitos Humanos 2013 da Comissão Nacional de Direitos Humanos (CNDH) recomenda reformar o texto constitucional a fim de suprimir a figura do *arraigo*, privilegiar as investigações exaustivas e científicas prévias à detenção e não, como é a prática recorrente, prender uma pessoa para depois investigar.[214]

Diferentemente da Baixa Califórnia, o DF conta com um programa estadual de direitos humanos. Esse programa dedica uma seção ao direito a um devido processo, no qual desenvolvem as lacunas que existem na defesa adequada. Por exemplo, uma das estratégias é constituir a Defensoria Pública como uma instituição autônoma em suas funções e orçamento, a fim de que desenvolva um trabalho de qualidade para qualquer pessoa que solicite seus serviços e, assim, se fortaleça o direito a uma defesa adequada e ao equilíbrio processual.[215]

O programa menciona que um dos obstáculos para o exercício do devido processo no DF é a insuficiência de recursos materiais e humanos no sistema de justiça, o que impede, com frequência, que a pessoa conte com uma tradutora ou um tradutor ou intérprete, ou com outros meios que garantam o acesso à informação e a comunicação, que tenha uma defesa adequada; ou que as juízas e os juízes estejam presentes nas audiências devido à carga de trabalho.[216]

Entre as linhas de ação mais relevantes para a defesa adequada está a de realizar uma análise dos programas de licenciatura em Direito e das condições necessárias para regulamentar a profissão jurídica, com o intuito de evitar abusos ou ações negligentes que causem violações ao direito de acesso à justiça e ao devido processo. Para concretizar essa ação, deve estabelecer-se, dentre outras coisas, um sistema para que as advogadas e os advogados possam prestar contas, sem que isso afete o livre

214 CNDH, 2013, p. 41.
215 CDHDF, 2009, p. 189.
216 *Ibid.*, p. 212.

exercício da profissão, em conformidade com os Princípios Básicos Relativos à Função dos Advogados da ONU.[217]

No caso da Baixa Califórnia, a política pública de implementação do sistema de justiça acusatório incluiu a Defensoria Pública desde o começo, ao fornecer instalações dignas e maiores recursos econômicos, assim como pessoal capacitado, ainda que não conte com um programa institucionalizado de aperfeiçoamento contínuo.

Devido à carga de trabalho da instituição —encarrega-se de mais de 90% dos casos do sistema—, o pessoal e os recursos designados não são suficientes para que a defesa seja verdadeiramente adequada para todas as pessoas às quais se oferecem o serviço. Em 2013, a Procuradoria recebeu um orçamento de quase USD 90 milhões, enquanto a Defensoria Pública recebeu pouco mais de USD 4 milhões; esta última segue dependendo da Secretaria de Governo.[218]

6. Conclusões

Os direitos relacionados à defesa adequada têm estado em constante evolução há alguns anos no México. A reforma de 2005 em matéria de justiça para adolescentes, a de 2008 do sistema de justiça criminal —política pública de grande envergadura que mudou o sistema misto inquisitivo de justiça penal para um acusatório—, até as mudanças constitucionais de 2011 em matéria de direitos humanos e seus correspondentes critérios jurisprudenciais, representam um marco histórico para o desenvolvimento dos direitos humanos relacionados ao processo penal.

Entre os resultados práticos positivos da reforma do sistema penal, destacam-se: a presença dos juízes nas audiências; a verdadeira publicidade das audiências; a introdução de alternativas à prisão preventiva, muito além da tradicional liberdade provisória sob fiança, e a diminuição do tempo para processar uma pessoa. Tudo isso confirma a necessidade e o consenso que existem quanto ao sistema acusatório, visto que, como se documenta neste relatório, está demonstrado que com ele se reverteram práticas que afetam a defesa de uma pessoa.

Todavia, apesar de o marco normativo vigente prever altos padrões de devido processo, algumas práticas estão muitos distantes de respeitar o direito a uma defesa adequada. Elas iniciam no momento da detenção e persistem durante todo o processo

217 *Ibid.*, p. 228.

218 Orçamento de despesas do estado da Baixa Califórnia para o exercício fiscal, 2013. Disponível em: http://goo.gl/mr28Dr.

até a execução da pena, o que afeta os diferentes direitos que garantem a defesa efetiva. Para começar, a prisão, particularmente, constitui um grave problema, pois o período que transcorre entre esse momento e a transferência da custódia da pessoa detida ao MP constitui uma janela de vulnerabilidade e alto risco para a integridade pessoal.

Quanto ao direito à informação, outras más práticas identificadas se referem ao fato de que as pessoas acusadas não recebem imediatamente informação de qualidade sobre sua detenção e os direitos que emergem dessa situação. Dentro de ambos os sistemas penais vigentes, não se verifica em que momento ou se a pessoa recebeu efetivamente informação para que pudesse exercer seus direitos. Também se relata que, com frequência, os promotores obstaculizam o acesso dos advogados defensores —especialmente dos particulares— ao seu cliente e à instrução preliminar ou ao inquérito policial.

Durante a prisão e sob a custódia do MP, essa falta de informação, conhecimento e acesso impacta negativamente não só na preparação da defesa técnica, mas também viola o direito constitucional a contar com a presença de um defensor durante todo processo penal. Ainda mais, aumenta a possibilidade de que a pessoa detida sofra intimidação, humilhação, se autoincrimine e, no pior dos casos, seja vítima de tortura. Nesse sentido, destaca-se o maior valor probatório das alegações do MP dentro do sistema tradicional e a dificuldade de contestar confissões coagidas. A tortura e os tratamentos cruéis e desumanos continuam sendo uma prática cotidiana no sistema de justiça, sem consequências para o processo nem para os perpetradores, tal como o documentam diversos relatórios de organismos de direitos humanos nacionais e internacionais.

Sobre o direito a contar com um tradutor ou intérprete, ambos os sistemas estão atrasados em sua garantia. É evidente que não existem mecanismos efetivos para assegurar que as pessoas indígenas contem com uma defesa de qualidade de acordo com sua cultura.

A respeito do direito a permanecer em silêncio, também existe um descompasso entre a proteção normativa e a execução prática. Enquanto o sistema acusatório garante o direito a permanecer em silêncio e o direito à não autoincriminação, o resultado da entrevista aplicada a pessoas privadas de liberdade na Baixa Califórnia demonstra que o primeiro contato com o defensor frequentemente acontece poucos minutos antes da primeira audiência. Assim, não só o direito a contar com um advogado desde a etapa inicial do processo é praticamente nulo, mas também a falta de advogado desde a

detenção põe em risco o devido processo, a integridade pessoal e o direito à liberdade e segurança pessoais.

No que tange à presunção de inocência, a Constituição a garante expressamente. No entanto, dois fatores afetam esse direito em particular: a prisão preventiva de ofício e o *arraigo* constitucional por delitos associados ao crime organizado. No primeiro caso, essa restrição constitucional ao direito a estar em liberdade durante o processo viola os fins legítimos —exclusivamente processuais— das medidas cautelares, reconhecidos internacionalmente. Infelizmente, observa-se que mais de 40% da população carcerária do país se encontram em prisão provisória.

No segundo caso, o *arraigo* constitucional constitui na prática uma detenção arbitrária posto que, desde sua concepção, se impõe a pessoas contra as quais sequer há uma investigação em curso. Por não estar estabelecido na Constituição, teria que ser uma medida excluída do sistema jurídico mexicano por contrariar os direitos mais básicos das pessoas, já que, no momento em que se decreta o *arraigo* contra uma pessoa, o direito a um julgamento imparcial perde efetividade.

Igualmente, ainda falta realizar uma mudança cultural em toda a sociedade, que inclua o governo e os meios de comunicação, que ainda tendem a presumir a culpa de toda pessoa detida e/ou processada.

A proteção dos direitos na etapa de execução penal tem representado um desafio relevante para os defensores, já que não parece haver uniformidade nem clareza sobre o alcance de sua atuação. Além disso, o sistema penitenciário mantém práticas inquisitivas, como os estudos de personalidade por meio dos conselhos disciplinares, que, ao serem validados pelos juízes, impedem a defesa adequada na fase de execução.

Em relação à paridade de armas, é claro que o poder do MP no sistema inquisitivo é quase absoluto; praticamente não existe um controle judicial efetivo sobre a instrução preliminar, talvez devido a seu valor probatório pleno. Diante desse poder, a defesa adequada é praticamente anulada desde as fases iniciais do processo.

O sistema acusatório, a princípio, tem conseguido a instauração do equilíbrio processual, ao diminuir a fé pública do MP e seu caráter de autoridade no processo. Contudo, são questões ainda pendentes. No que se refere à defesa pública, elas se manifestam na alocação desigual de recursos entre procuradorias e defensorias, na insuficiência de recursos para desenvolver investigações independentes, na falta de autonomia orgânica das defensorias e na ausência de aperfeiçoamento contínuo institucionalizado. Por isso, a defesa pública mantém uma posição institucional fraca diante da persecução criminal, que impacta a qualidade do serviço oferecido às pessoas presas e acusadas.

Seria importante investigar as causas das altas taxas de condenação nos dois estados analisados (Baixa Califórnia, 99,8%, e DF, 90%) e sua relação com a defesa efetiva das pessoas sentenciadas.

Em relação à defesa particular, igualmente, é possível identificar alguns problemas ainda não resolvidos, como o importante déficit na capacitação de advogados no sistema acusatório, circunstância que afeta os direitos de defesa das pessoas a quem prestam serviços.

Há que dizer também que a demora no trâmite do julgamento de amparo se opõe à celeridade dos processos, como acontece atualmente nos sistemas reformados. Essa é uma falha importante visto que muitas decisões que impõem restrições à liberdade —como as medidas cautelares— não encontram um recurso efetivo na justiça constitucional.

Finalmente, cabe destacar a inexistência de informação sobre quais advogados estão efetivamente capacitados e autorizados a oferecer uma defesa criminal adequada, a carência de parâmetros obrigatórios da profissão e a inexistência de órgãos de controle e responsabilização. Como resultado, não existem consequências para as más defesas que afetam os direitos das pessoas submetidas a processo penal, muitas vezes de maneira irreversível.

7. Recomendações

1. Garantir que a implementação do sistema penal acusatório adote os mais altos padrões de defesa criminal na aplicação da legislação penal única, assim como incluir expressamente a defesa criminal dentro das políticas públicas relacionadas ao sistema de justiça criminal como nos planos nacionais e estaduais de desenvolvimento e de direitos humanos. Nesse sentido, garantir a independência da defesa pública como garantia de legitimidade do sistema de justiça criminal.

2. Implementar mecanismos eficientes —como o acesso irrestrito e efetivo a um advogado— no momento da prisão, que permitam às pessoas exigirem seus direitos durante o processo até a execução penal, por meio da informação efetiva sobre direitos, em uma linguagem democrática e acessível.

3. Capacitar os defensores públicos e advogados particulares no controle dos parâmetros constitucionais para ampliar o espectro da defesa adequada no litígio penal.

4. Eliminar o *arraigo* constitucional do sistema jurídico, assim como o rol de delitos que proíbem alternativas à prisão preventiva da Constituição e do CNPP, e promover o uso racional da prisão preventiva com base nos padrões internacionais.

5. Garantir a paridade de armas entre a defesa pública e o MP, o que implica dotar de autonomia funcional as defensorias públicas; igualar os salários líquidos dos defensores com os do MP; aumentar seus orçamentos para contar com mais defensores públicos, auxiliares e um grupo de peritos independentes aos das procuradorias.

6. Estabelecer indicadores de qualidade obrigatórios da defesa pública para garantir o acesso a um advogado defensor desde o momento da detenção e durante todo o processo penal. Além disso, criar mecanismos eficientes para a prestação de contas por parte de quem exerce a profissão jurídica, seja por meio da associação profissional, da certificação para exercer a defesa em todas as matérias ou de qualquer outra ferramenta que permita estabelecer parâmetros profissionais e éticos aos advogados, além de sancionar seu descumprimento. Além disso, permitir o acesso público a informação de qualidade sobre quem exerce a defesa criminal.

8. Bibliografia

Agrast, Mark David e outros. *WJP Rule of Law Index 2012-2013*. Washington, D.C.: World Justice Project, 2013. Disponível em: http://goo.gl/SFRllf.

American Bar Association Rule of Law Iniciative. Índice para la reforma de la profesión jurídica para México. Washington, D.C.: American Bar Association, 2011. Disponível em: http://goo.gl/fSDeJt.

Bergman, Marcelo e Azaola, Elena. "Cárceles en México: cuadros de una crisis". *Urvio Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana* (2007): 74-87. Disponível em: http://goo.gl/6srF3m.

Bergman, Marcelo e Azaola, Elena. "De mal en peor, las condiciones de vida en las cárceles". *Nueva Sociedad* (2007): 118-127. Disponível em: http://goo.gl/Z7Pn2O.

Bergman, Marcelo e Azaola, Elena. *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional. Resultados de la tercera encuesta a población en reclusión en el Dis-*

trito Federal y el Estado de México. México, D.F.: Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2009. Disponível em: http://www.mexicoevalua.org/wp-content/uploads/2013/03/Encuesta-a-población-en-reclusión.pdf

Centro de Justiça Alternativa. "Estadística 2012". *Tribunal Superior del Distrito Federal*. México, Poder Judiciário do Distrito Federal, 2012. Disponível em: http://goo.gl/9DdWMH.

Centro de Pesquisa e Docência Econômicas. *Resultados de la primera encuesta realizada a población interna en centros federales de readaptación social*. México: CIDE, 2012. Disponível em: http://goo.gl/iwIeQt.

Centro Profissional Indígena de Assessoria, Defesa e Tradução. *Informe sobre el estado que guardan los derechos lingüísticos de los pueblos y comunidades indígenas en el ámbito de procuración y administración de justicia en Oaxaca*. México: Centro Profissional Indígena de Assessoria, Defesa e Tradução, A.C., 2010.

Comissão de Direitos Humanos do Distrito Federal. *Programa de Derechos Humanos del Distrito Federal*. México: Comissão de Direitos Humanos do Distrito Federal, 2009.

Comissão de Direitos Humanos do Distrito Federal. *Recomendación 02/2011, Violaciones a derechos humanos con motivo de la solicitud, expedición y condiciones en las que se aplica el arraigo en el Distrito Federal*. México: Comissão de Direitos Humanos do Distrito Federal, 2011. Disponível em: http://goo.gl/JZFZKi.

Comissão de Direitos Humanos do Distrito Federal. *Recomendación 03/2012, Exhibición de personas, publicidad de su información confidencial y la contenida en los expedientes de averiguación previa, por parte de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal*. México: Comissão de Direitos Humanos do Distrito Federal, 2012. Disponível em: http://goo.gl/anE9RQ.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. Costa Rica: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2013. Disponível em: http://goo.gl/ZcJ91X.

Comissão Nacional de Direitos Humanos. *Agenda nacional de derechos humanos*. México: Comissão Nacional de Direitos Humanos, 2013.

Comissão Nacional de Direitos Humanos. *Diagnóstico nacional de supervisión penitenciaria*. México: Comissão Nacional de Direitos Humanos, 2011. Disponível em: http://goo.gl/6NQvUg.

Comissão Nacional de Direitos Humanos. *Informe anual de actividades 2011*. México: Comissão Nacional de Direitos Humanos, 2012. Disponível em: http://goo.gl/bYHsZY.

Comitê contra a Tortura. *Observaciones Generales 2012*. Genebra: Nações Unidas, 2012. Disponível em: http://goo.gl/GNHGjg.

Comitê de Direitos Humanos. *Observación General Nº 32*. Genebra: Nações Unidas, 2007.

Comitê de Direitos Humanos. *Observaciones finales sobre Argentina*. Genebra: Nações Unidas, 2000.

De la Madrid, Ricardo Raphael. *Reporte sobre la discriminación en México 2012. Proceso penal. México: CIDE-CONAPRED, 2012. Disponível em:* http://goo.gl/9B3SwR.

Defensoria de Ofício do Distrito Federal. *Informe de actividades 2010*. México: Direção da Defensoria de Ofício do Distrito Federal, 2011.

Defensoria Pública da Baixa Califórnia. *Reporte Estadístico*. Baixa Califórnia: Defensoria Pública de Baixa Califórnia, 2012.

Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos e o Tribunal Superior de Justiça do Distrito Federal. *Indicadores sobre el derecho a un juicio justo del Poder Judiciário del Distrito Federal*, vol. II. México: ACNUDH - México y TSJDF, 2011. Disponível em: http://goo.gl/HLRQGo.

Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. *Informe sobre la situación de las y los defensores de derechos humanos en México: actualización 2012 y balance 2013*. México: Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, 2013. Disponível em: http://goo.gl/exCNVp.

Human Rights Watch. *Ni seguridad, ni derechos. Ejecuciones, desapariciones y tortura en la "guerra contra el narcotráfico" de México*. Nova York: Human Rights Watch, 2011. Disponível em inglês em: http://goo.gl/vBLgA3.

Human Rights Watch. *World Report 2012: México*. Nova York: Human Rights Watch, 2012. Disponível em: http://goo.gl/qbHwP5.

Ingram, Matthew C. e outros. *Judicial Reform in Mexico. Toward a New Criminal Justice System*. San Diego: Trans-Border Institute, 2010. Disponível em: http://goo.gl/iPsI5Q.

Ingram, Matthew C. e outros. *Justiciabarómetro. Survey of Judges, Prosecutors, and Public Defenders in Nine Mexican States*. San Diego: Trans-Border Institute, 2011. Disponível em: *https://justiceinmexico.files.wordpress.com/.../justicia.*

Instituto Mexicano para a Competitividade. *Presupuesto de egresos del estado de Baja California para el ejercicio fiscal 2011*. México: Instituto Mexicano para a Competitividade, A.C., 2011. Disponível em: http://goo.gl/GiCLCK.

Instituto Nacional de Estatística e Geografia. *Censo de población y vivienda 2010*. México: Inegi, 2010. Disponível em: http://goo.gl/9Vmv1X.

Instituto Nacional de Estatística e Geografia. *Censo nacional de impartición de justicia estatal*. México: INEGI, 2012. Disponível em: http://goo.gl/qlBCoR.

Instituto Nacional de Estatística e Geografia. *Encuesta nacional de victimización y percepción sobre seguridad pública*. México: Inegi, 2013. Disponível em: http://goo.gl/2v8sQP.

Instituto Nacional de Estatística e Geografia. *Seguridad pública y justicia 2010, principales indicadores*. México: Inegi, 2011.

Instituto para a Segurança e Democracia. *El sector seguridad bajo lupa ciudadana. Sistematización de resultados de la fiscalización de la cuenta pública 2009 [Auditoría Superior de la Federación]*. México: Instituto para la Seguridad y Democracia, 2011. Disponível em: http://goo.gl/NR1Th4.

Lara Klahr, Marco. *No más pagadores. Guía de periodismo sobre presunción de inocencia y reforma al sistema de justicia penal*. México: Instituto de Justiça Processual Penal, A.C., 2011. Disponível em: http://goo.gl/mgTdsB.

Latinobarómetro. *Informe 2011*. Santiago do Chile: Corporação Latinobarómetro, 2011. Disponível em: http://goo.gl/GUbSXT.

Mendoza Mora, Carlos. *Análisis costo-beneficio del nuevo sistema de justicia penal en los ámbitos federal y estatal*. México: Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, 2012. Disponível em: http://goo.gl/KNn4D8.

México Avalia. Índice de inseguridad ciudadana y violencia. México: México Avalia - Centro de Análise de Políticas Públicas, 2009. Disponível em: http://goo.gl/j84IP5.

México Avalia. *La cárcel en México: ¿para qué?* México: México Avalia - Centro de Análise de Políticas Públicas, 2013. Disponível em: http://goo.gl/3o6j0b.

Nações Unidas. *Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados. Misión a México*. Genebra: Nações Unidas, 2011. Disponível em: http://goo.gl/A7mZCA.

Procuradoria-Geral do Distrito Federal. *Acuerdo A/003/2012*. México: Procuradoria-Geral do Distrito Federal, 2012.

Procuradoria-Geral do Distrito Federal. *Acuerdo A/004/2013*. México: Procuradoria-Geral do Distrito Federal, 2013.

Procuradoria-Geral do Distrito Federal. *Acuerdo A/018/2011*. México: Procuradoria-Geral do Distrito Federal, 2011.

Ramírez, Silvina. *La protección de los derechos de los pueblos indígenas a través de un nuevo sistema de justicia penal. Estados de Oaxaca, Chiapas, Guerrero*. Washington, D.C.: Due Process of Law Foundation, 2012.

Reyes Tépach, M. *El presupuesto federal para la función seguridad pública 2010-2011*. México: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: http://goo.gl/a0OecZ.

Reyes Tépach, M. *El presupuesto federal para la función seguridad pública 2011-2012*. México: Câmara dos Deputados, 2011. Disponível em: http://goo.gl/wNsiqP.

Rivera, Marien e CH, Rafael. *Números rojos del sistema penal*. México: Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C., 2011. Disponível em: http://goo.gl/dV8ySv.

Rivera, Marien. *101 conceptos para entender la inseguridad (con seguridad)*. México: Centro de Pesquisa para o Desenvolvimento, A.C., 2012. Disponível em: http://goo.gl/Ni1Efa.

Sarre, Miguel. "Debido proceso y ejecución penal. Reforma constitucional de 2008". *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, (2011): 251-268. Disponível em: http://goo.gl/l2H7zV.

Secretaria de Finanças. *Cuenta Pública del Distrito Federal 2011, III. Estados analíticos de egresos presupuestarios*. México: Secretaria de Finanças, 2012. Disponível em: http://goo.gl/nads0I.

Secretaria de Governo. *Estadísticas del sistema penitenciario nacional*. México: Secretaria de Governo, 2013. Disponível em: http://goo.gl/lKNy0D.

Secretariado Executivo do Sistema Nacional de Segurança Pública. *Incidencia delictiva nacional y por estado 2012*. México: Secretaria de Governo, 2012. Disponível em: http://goo.gl/pMqC7.

Secretariado Executivo do Sistema Nacional de Segurança Pública. *Incidencia delictiva nacional, fuero federal 2012*. México: Secretaria de Governo, 2012. Disponível em: http://goo.gl/DSEPH.

Suprema Corte de Justiça da Nação. *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas*. México: SCJN, 2013. Disponível em: http://goo.gl/n4EgUb.

Transparência Mexicana. Índice nacional de corrupción y buen gobierno. México: Transparência Mexicana, 2011. Disponível em: http://goo.gl/ZdT3b8.

Universidade Nacional Autónoma do México e Instituto Ibero-americano de Direito Constitucional. *Elementos para la construcción de una política de estado para la seguridad y la justicia en democracia*. Conferencia internacional sobre seguridad y justicia en democracia. Hacia una política de Estado en los albores del tercer milenio (2011). Disponível em: http://goo.gl/Zblcc3.

Zepeda Lecuona, Guillermo. *Informe general seguimiento del proceso de implementación de la reforma penal en México. Estados de Chihuahua, Estado de México, Morelos, Oaxaca y Zacatecas, 2007-2011*. México: Centro de Estudos de Justiça das Américas, 2012. Disponível em: http://goo.gl/IDVZhD.

Liliana Bances Farro
Nataly Ponce Chauca

CAPÍTULO 8. ANÁLISE POR PAÍS. PERU[1, 2]

1. Informação sociodemográfica básica

1.1 Informação demográfica e política básica

O Peru tem uma superfície de 1.285.216 km² e uma população estimada de 30.817.696 habitantes.[3] Esse país está dividido em três regiões: litoral, serra e selva. Segundo o Censo Nacional 2007,[4] o litoral detém 54% da população; a serra, 32% e a selva, 13,4%. 75,9% da população peruana reside em centros urbanos e 24,1%, em povoados rurais. A população é predominantemente mestiça e estima-se que 15,9%

1 Este capítulo esteve sob a responsabilidade do Centro para el Desarrollo de la Justicia y la Seguridad Ciudadana (Cerjusc). A pesquisa e a redação foram realizadas por Liliana Bances; a direção da pesquisa e supervisão por Nataly Ponce.

2 Este capítulo analisa a defesa criminal no Peru com o propósito de determinar, com objetividade e fundamentação técnica, seu grau de efetividade pelos padrões de respeito ao Estado de Direito e aos direitos humanos. Este estudo enfoca as áreas normativa, jurisprudencial, institucional e prática. Para sua elaboração foi coletada e sistematizada informação estatística e qualitativa sobre o sistema de justiça criminal, e especificamente sobre a defesa criminal, o que inclui a jurisprudência relevante. O processo de coleta de informação abrangeu 28 entrevistas com operadores-chave do sistema de justiça dos estados judiciais de Lima, Cusco e Lambayeque: dez defensores públicos, cinco juízes criminais, cinco procuradores, quatro policiais e quatro advogados particulares. Também foram entrevistados o diretor-geral de Defensoria Pública e Acesso à Justiça, o coordenador da Área Penal da Direção-Geral da Defensoria Pública (DGDP), a diretora estadual da Defensoria Pública em Lambayeque, e o diretor estadual da Defensoria Pública em Cusco.

3 Projeção da população até o ano 2014 realizada pelo Instituto Nacional de Estatística e Informática (Inei). O último censo nacional foi realizado em 2007, apresentando um resultado de aproximadamente 28.220.764 habitantes.

4 Inei, 2007.

da população seja indígena. O país se caracteriza por ser heterogêneo, pluricultural, multiétnico, com 72 grupos etnolinguísticos, 65 localizados na área amazônica e 7 na área andina, agrupados em 16 famílias linguísticas diferentes.[5] No entanto, o idioma espanhol é falado pela maioria dos peruanos, 84,1%, em suas diversas regiões; o quéchua por 13%; o aimará por 1,7% e ashaninka por 0,3%.

Territorialmente, o Peru está dividido em 25 regiões[6] e um estado constitucional.[7] A população pobre corresponde a 25,8% e a extremamente pobre, a 6%.[8] O Estado peruano se rege pela Constituição Política de 1993,[9] que é a base do ordenamento jurídico nacional. Ela sistematiza e organiza o sistema político do país, além de controlar, regulamentar e definir os direitos e as liberdades dos cidadãos.

1.2 Descrição geral do sistema de justiça criminal

No Peru existem cinco leis em matéria processual penal: o Código de Acusação em Matéria Penal de 1863,[10] o Código de Procedimentos em Matéria Criminal de 1920,[11] o Código de Procedimentos Penais de 1940 (doravante, CDPP 1940),[12] o Código Processual Penal de 1991,[13] e o Código Processual Penal de 2004[14] (doravante, CPP).

O país está dividido em 31 estados judiciais,[15] onde subsistem dois modelos processuais penais: o sistema inquisitivo e o sistema acusatório.[16] O primeiro

5 Instituto Nacional de Desenvolvimento de Povos Andinos, Amazônicos e Afro-peruano, 2010.

6 Amazonas, Ancash, Apurímac, Arequipa, Ayacucho, Cajamarca, Callao, Cusco, Huancavelica, Huánuco, Ica, Junín, La Libertad, Lambayeque, Lima, Loreto, Madre de Dios, Moquegua, Pasco, Piura, Puno, San Martín, Tacna, Tumbes, Ucayali.

7 Estado Constitucional de Callao.

8 Inei, 2013a.

9 Promulgada no dia 29 de dezembro de 1993 e em vigor desde 1º de janeiro de 1994.

10 Entrou em vigor no dia 1º de março de 1863 e tem seus fundamentos no Regulamento da Espanha de 1835 e no Código de José II. Cfr. San Martín Castro, 2004, pp. 27-68.

11 Foi promulgado pela Lei 4.019, de 2 de janeiro de 1920 e entrou em vigência no dia 1º de junho do mesmo ano.

12 Foi promulgado no dia 23 de novembro de 1939 e entrou em vigência no dia 18 de março de 1940.

13 Foi promulgado pelo Decreto Legislativo 638, de 25 de abril de 1991.

14 Foi promulgado pelo Decreto Legislativo 957, de 28 de julho de 2004.

15 Para efeitos da organização da administração de justiça, existem 31 estados judiciais. Essa divisão é autônoma e não coincide necessariamente com as regiões do país.

16 O Peru, assim como os outros 18 países da região latino-americana, iniciou a transição do processo penal inquisitivo ao sistema acusatório.

tem como base jurídica o CDPP 1940 e é aplicado em oito estados judiciais,[17] entre eles Lima, onde estão mais de 50% dos processos do país. Esse modelo é caracterizado pelo formalismo, pelo procedimento eminentemente escrito e pela reserva da investigação, assim como pela duplicidade das funções próprias dos procuradores e juízes.

O segundo sistema de justiça criminal aplica o CPP e iniciou sua implementação progressiva no dia 1º de julho de 2006 em Huaura e está vigente em 23 estados judiciais do país.[18] Esse novo modelo processual penal representa uma mudança substancial no desenvolvimento da persecução criminal peruana pois consiste em um sistema acusatório, que privilegia os princípios da paridade de armas, da concentração dos atos processuais, do contraditório, da publicidade e oralidade. A vigência do CPP pressupõe uma mudança substancial na investigação e persecução criminal do delito, o que institui uma divisão marcada e precisa da separação dos papéis e das funções dos sujeitos processuais.

1.3 Estrutura do novo modelo processual penal

A seguir, apresenta-se a estrutura do novo modelo processual penal e, dentro deste, as principais funções de cada instituição do sistema de justiça criminal peruano.

O CPP estabelece que o novo processo penal tem três etapas claramente diferenciadas. A primeira é a da *investigação preparatória*, a qual abrange as diligências[19] preliminares e a investigação formalizada pelo procurador, titular da ação penal e a quem cabe a direção da investigação do delito, com o apoio técnico e científico da Polícia. Essa etapa começa com a notícia-crime e a realização das diligências preliminares. O procurador tem um prazo entre 24 horas e 20 dias, conforme a complexidade do caso, para determinar se existem ou não indícios da ocorrência de um delito; concluído esse prazo, o procurador deve decidir entre formalizar e continuar a investigação preparatória ou arquivar o caso.

17 Apurímac, Huancavelica, Ayacucho, Junín, Callao, Lima Norte, Lima Sur e Lima.

18 Os estados judiciais onde o CPP foi implementado e onde essa norma é válida para todos os delitos são Huaura, La Libertad, Tacna, Moquegua, Arequipa, Tumbes, Piura, Sullana, Lambayeque, Puno, Madre de Dios, Cusco, Cajamarca, Amazonas, San Martín, Ica, Cañete, Ancash, Santa, Huánuco, Pasco, Ucayali e Loreto. É necessário esclarecer que, no âmbito nacional, só está vigente para os delitos de corrupção de funcionários públicos, de acordo com a Lei 29.574 de 17 de setembro de 2010 e a Lei 29.648 de 3 de janeiro de 2011.

19 Diligência é um ato processual ou conjunto de atos processuais realizados em função de determinação judicial.

A formalização da investigação preparatória tem como objetivo reunir os elementos de convicção, de acusação ou não, que permitam ao procurador, dentro do prazo de 120 dias, decidir se formula a denúncia ou solicita o arquivamento quando o delito não puder ser atribuído ao indiciado. Por outro lado, nessa etapa, o procurador pode requerer ao juiz da investigação preparatória a concessão de medidas cautelares,[20] a aplicação de alternativas penais[21] ou dos procedimentos especiais.[22] Além disso, nessa fase processual, o juiz da investigação preparatória garante o respeito aos direitos do indiciado por meio da tutela de direitos[23] e da investigação formal, assim como o controle dos prazos, ações que se sujeitam ao princípio o contraditório exercido pelos defensores. A investigação preparatória se desenvolve mediante audiências públicas, orais e contraditórias.

A segunda etapa do novo processo penal é a *intermediária*, sob a responsabilidade do juiz da investigação preparatória. Essa fase constitui o intervalo entre a investigação e o julgamento oral. A etapa intermediária é uma fase de controle, na qual o juiz competente verifica se existem elementos probatórios suficientes para passar à etapa de julgamento —controle da denúncia — a fim de evitar que seja formulada

20 Limitações aos direitos fundamentais —cuja finalidade é evitar a evasão da ação da justiça— que obstruam a atividade probatória e impeçam a perda patrimonial do indiciado. Entre as medidas cautelares, encontram-se as medidas pessoais, reais e a suspensão temporária de direitos, estabelecidas nos artigos 259 a 320 do CPP.

21 As alternativas penais são meios de solução dos casos que, em determinadas situações, permitem ao procurador abster-se do exercício da ação penal para evitar o processo e a imposição da pena tradicional. É preciso mencionar que, quando se formaliza a investigação preparatória, o procurador só pode solicitar a aplicação do princípio de oportunidade, estabelecido no artigo 2º do CPP, o que só pode ser feito antes da formulação da acusação. O acordo reparatório é outra saída alternativa que o procurador pode aplicar até a formalização da investigação preparatória.

22 Permitem acelerar ou abreviar o trâmite do processo penal e omitem formalismos ou diligências desnecessárias a fim de conseguir que a sentença seja proferida em prazos mais curtos, mas sem deixar de respeitar os padrões mínimos do devido processo. Entre os procedimentos especiais, encontram-se o procedimento imediato, o procedimento por razão da função pública, o procedimento de segurança, o procedimento por crime de exercício privado da ação, o procedimento de encerramento antecipado, o procedimento por colaboração eficaz e o procedimento por faltas, todos estabelecidos nos artigos 446 e 487 do CPP. No entanto, os processos que podem ser aplicados quando a investigação preparatória é formalizada são o processo de terminação antecipada e o de colaboração eficaz.

23 A tutela de direitos é uma ação que pode ser interposta pelo indiciado quando considera que, nas diligências preliminares ou na investigação preparatória, não tenham sido respeitados seus direitos, ou que é objeto de medidas restritivas de direitos indevidas ou de requerimentos ilegais. Essa figura está regulamentada no artigo 71.4 do CPP, e o juiz de investigação preparatória deve resolvê-la imediatamente, antes da constatação dos fatos e da realização de uma audiência com participação das partes.

acusação contra uma pessoa sem fundamento material ou probatório suficiente;[24] dessa maneira, garante-se o princípio de presunção de inocência já que a decisão de submeter o acusado a julgamento oral não será apressada, superficial nem arbitrária.

Finalmente, a terceira etapa é o *julgamento*, sob a responsabilidade de um juiz singular ou colegiado, o qual deve garantir o exercício pleno da acusação e da defesa. Essa etapa é a mais importante do processo penal visto que compreende o julgamento oral e público, sob a dinâmica do princípio do contraditório. No julgamento oral, é feita a produção de provas, as alegações finais e dita-se a sentença condenatória ou absolutória com base nos argumentos apresentados oralmente pelas partes processuais.

1.4 Os níveis de criminalidade e a população carcerária

1.4.1 Níveis de delitos e insegurança cidadã

Em 2013, a Polícia Nacional do Peru (PNP) registrou 268.018 denúncias por delitos no país,[25] das quais 61% se relacionaram com roubos e furtos. Esse dado é corroborado pelo Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), que estabelece que 58% dos atos delitivos no país correspondem a roubos ou tentativas de roubos de dinheiro, telefone e outros delitos patrimoniais.[26]

Nos últimos anos, os delitos aumentaram no Peru, particularmente os patrimoniais violentos, situação que está afetando a percepção de insegurança cidadã. Assim, 87% da população peruana acredita que será vítima de algum delito,[27] tendência que é corroborada pelo Relatório Regional de Desenvolvimento Humano 2013-2014, o qual indica que o Peru é o país da América Latina com a percepção mais alta de insegurança cidadã.[28]

Além dos delitos comuns, o Peru tem uma situação problemática de crime organizado, fenômeno que se expressa tanto por meio de delitos violentos quanto não violentos. Nesse âmbito, figuram o tráfico ilícito de drogas, o corte ilegal de madeira, a mineração ilegal, o tráfico de pessoas, as extorsões e a lavagem de dinheiro.[29]

24 Príncipe Trujillo, 2009.
25 PNP, 2013.
26 Inei, 2013b.
27 *Ibid*.
28 Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2013.
29 Ponce e outros, 2014.

1.4.2 População carcerária

Nos últimos dez anos, a população penitenciária peruana[30] aumentou em 56%. Em 2004, havia 31.311 pessoas privadas de liberdade, quantidade que, em julho de 2014, chegou a 70.813. Atualmente há 204 pessoas presas por cada 100 mil habitantes. Essa situação indica que um dos problemas mais significativos que o sistema de justiça criminal peruano enfrenta é a superlotação dos presídios. A taxa de ocupação é de 126%, distribuída em 67 estabelecimentos prisionais, cuja capacidade total prevista é de 31.286 internos.

A população carcerária é de 66.392 homens e 4.421 mulheres. 80% são primários, isto é, que não têm passagem anterior pela prisão, e 20% são reincidentes. Além disso, a maior quantidade de presos está encarcerada pelo delito de roubo qualificado (28,5%), seguido pelo delito de tráfico de drogas — simples— (12,1%) e o delito de abuso sexual (8,4%).

Quanto à prisão provisória, nos primeiros anos da aplicação do CPP, iniciada em 2006, o novo sistema processual penal impactou positivamente na redução desta; contudo, a partir de 2011, essa tendência tem sido revertida.[31] De acordo com a informação oficial disponível, em julho de 2014, 53% da população carcerária correspondia a presos provisórios e 47% a presos condenados.

2. A assistência jurídica

A Constituição Política e as leis peruanas reconhecem que toda pessoa tem direito à defesa em qualquer estágio do processo judicial, desde o início das primeiras diligências de investigação até o encerramento do processo.[32] Nesse sentido, toda pessoa tem direito a ser assistida por um defensor de sua escolha ou por um defensor público.[33] Por isso, desde a prisão, o suspeito deve ser assistido por um advogado,[34] o qual pode

30 Instituto Nacional Penitenciário, 2014.

31 Ponce e Bances, 2013.

32 Conforme a Constituição Política, art. 139, inc. 14. Também CPP, arts. 9º do Título Preliminar e 71.

33 Atualmente se utiliza a expressão *defensor público*; a denominação *defensor de ofício* se aplicava aos defensores públicos no sistema inquisitivo.

34 O artigo 285 da Lei Orgânica do Poder Judiciário indica que, para exercer a advocacia, se deve ter título de advogado, estar em exercício dos direitos civis, estar inscrito na Corte Superior de Justiça mais próxima e, ainda, estar inscrito no associação de advogados do estado judicial correspondente e, se nele não houver, no estado judicial mais próximo.

ser um defensor particular ou público. Em alguns casos, também pode ser assistido por defensores *pro bono*[35] ou por defensores de escritórios jurídicos, clínicas jurídicas universitárias ou organizações da sociedade civil.

Quando uma pessoa detida, investigada, processada ou condenada é assistida por um defensor público, recebe assistência técnico-legal gratuita.[36] A defesa criminal pública é um serviço que privilegia as pessoas de baixa renda, que não podem arcar com os serviços de um advogado particular. Os defensores públicos também oferecem seus serviços às pessoas que renunciaram ao exercício de seu direito de defesa, razão pela qual o juiz ou o procurador devem requerer a nomeação de um defensor público para garantir a legalidade das diligências e o devido processo.[37]

2.1 Organização e gestão do sistema de assistência jurídica

O sistema de defesa criminal peruano se organiza em dois modelos: (i) o modelo de defesa no qual os serviços são prestados por advogados particulares, isto é, exerce-se a defesa livremente; (ii) o modelo de defesa estatal no qual o Estado proporciona o serviço de defesa gratuita por meio dos defensores públicos.

Os defensores particulares são regidos pelas associações profissionais de advogados.[38] Cabe mencionar que no âmbito nacional existem 31, uma para cada estado judicial. As associações profissionais de advogados são instituições autônomas, com personalidade jurídica de direito público,[39] que gozam de autonomia administrativa para estabelecer sua organização interna, autonomia econômica para ter rendimentos próprios e autonomia normativa para elaborar e aprovar seus próprios estatutos. Atualmente, estima-se que as associações de advogados agrupem 130 mil advogados, dos quais 25% atuam profissionalmente no âmbito penal, enquanto 40% exercem a advocacia particular.[40]

35 Em cumprimento da responsabilidade profissional, por meio do trabalho *pro bono*, vários escritórios de advocacia contribuem para que pessoas de baixa renda, setores ou grupos vulneráveis acessem a justiça.

36 De acordo com a Lei do Serviço de Defesa Pública — Lei 29.360, art. 2º.

37 De acordo com o CPP, art. 80, Lei do Serviço de Defesa Pública — Lei 29.360, art. 14 e Decreto Supremo 013-2009-JUS, art. 29.

38 É preciso mencionar que, por disposição constitucional, todos os advogados devem se associar a umuma ordem de advogados. para exercerem a profissão legalmente. Além de estarem inscritos na associação de advogados do estado judicial correspondente, é obrigatória a vinculação a uma Corte Superior, segundo o artigo 285 da Lei Orgânica do Poder Judiciário.

39 Conforme a Constituição Política do Peru, art. 20.

40 *La Ley,* "Los abogados en el Perú", 1º de abril de 2014.

Os defensores públicos penais integram a Direção-Geral de Defesa Pública e Acesso à Justiça[41] (doravante, DGDPAJ), que é um órgão vinculado ao Vice-Ministério de Direitos Humanos e Acesso à Justiça.[42] A DGDPAJ conta com órgãos descentralizados nos 31 estados judiciais, denominados direções estaduais, por meio dos quais é oferecida assistência técnico-jurídica gratuita, principalmente às pessoas de baixa renda. Os defensores públicos criminais são parte da Direção de Defesa Penal, unidade orgânica da DGDPAJ.

2.2 A despesa com assistência jurídica penal

O Estado peruano destina orçamento público apenas para a defesa pública pois a particular se sustenta com os recursos de seus clientes. Entre 2006 e 2014, o orçamento da DGDPAJ aumentou consideravelmente por causa da implementação do CPP; no entanto, desde 2012, esse orçamento tem se reduzido de maneira significativa, situação que possivelmente está associada ao adiamento da implementação do CPP nos oito estados judiciais faltantes.[43]

O orçamento designado à DGDPAJ, em 2014, subiu a USD 16.895.001.[44] Comparativamente, essa quantidade representa 2,6% do orçamento do Ministério da Justiça e Direitos Humanos e 3,5% do orçamento do Ministério Público. O orçamento da DGDPAJ está distribuído da seguinte maneira: 96,9% para a assistência jurídica

41 O antecedente normativo dessa instituição é a Lei 27.019 de 22 de dezembro de 1998 —que criou o Serviço Nacional da Defesa de Ofício—, revogada pela Lei 29.360, Lei do Serviço de Defesa Pública, de maio de 2009, que rege junto ao Regulamento, aprovado pelo Decreto Supremo 013-2009-JUS.

42 Segundo o Decreto Supremo 011-2012-JUS, Regulamento de Organização e Funções do Ministério da Justiça e Direitos Humanos. O Vice-Ministério, por sua vez, faz parte da estrutura orgânica do Ministério da Justiça e Direitos Humanos, de acordo com a Lei 29.809, Lei de Organização e Funções do Ministério da Justiça e Direitos Humanos. O Ministério da Justiça é um órgão do Poder Executivo, que abarca todas as instituições do Estado —em todos os níveis do Governo— vinculadas ao cumprimento das políticas nacionais, entre outras, a de acesso à justiça.

43 No dia 31 de março foi publicado o Decreto de Urgência 012-2011, mediante o qual se estabeleceram diversas medidas para limitar o gasto corrente, tanto em bens e serviços quanto em infraestrutura, diante de uma análise da conjuntura externa. Isso que tem limitado que as instituições contem com os recursos necessários para a implementação do CPP nos estados judiciais nos quais estava prevista sua entrada em vigor durante o ano 2011, conforme seu Calendário Oficial de Aplicação Progressiva, aprovado pelo Decreto Supremo 016-2010-JUS. Nesse sentido, a Comissão Especial de Implementação do CPP considerou conveniente a modificação do Calendário Oficial de Aplicação Progressiva do CPP, por meio do Decreto Supremo 004-2011-JUS. Essa norma dispôs que em 2013 se implementaria o CPP nos estados judiciais de Apurímac, Huancavelica, Ayacucho, Junín, Callao, Lima Norte, Lima Sur e Lima.

44 A cotação oficial do dólar estadunidense no momento da análise foi de 1 USD = S/2,8.

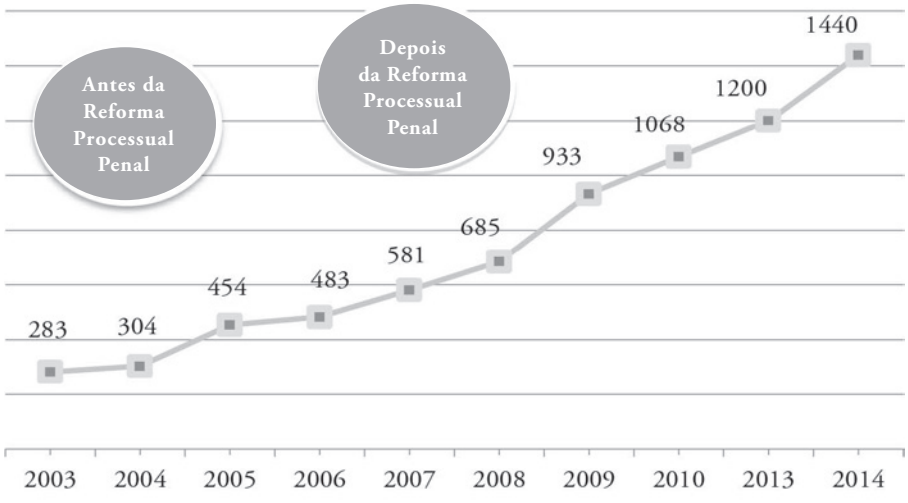
gratuita; 2,5% para a avaliação socioeconômica e 0,6% para a supervisão funcional e o monitoramento.

O aumento do orçamento da DGDPAJ permitiu o aumento do número dos defensores públicos. Atualmente, há 1.440 no país, número que representa um aumento de 60% em comparação ao ano 2005, quando havia 454 defensores públicos. Esse crescimento dos recursos humanos foi implementado para responder às demandas do CPP.[45]

Cabe mencionar que, do número total de defensores públicos, 808 prestam seus serviços na área penal nos 31 estados judiciais do país.[46] Desse total, 593 (73%) aplicam o CPP nos 23 estados judiciais onde rege essa norma; também 187 (23%) trabalham em 8 estados judiciais com o sistema processual penal inquisitivo anterior e 28 (4%)[47] trabalham nos estabelecimentos prisionais, onde atendem às necessidades dos presos relativas a benefícios da execução penal e pedidos de indulto da população prisional sentenciada, que passa das 33.021 pessoas.[48]

Gráfico 1

Evolução do número de defensores públicos no período 2003-2014



Fonte: Elaborado pelo Cerjusc, com base nas informações dos anuários estatísticos do Ministério de Justiça e Cidadãos ao dia (CAD).

45 DGDPAJ. Disponível em: http://www.minjus.gob.pe/defensapublica/.

46 A distribuição corresponde ao total de defensores públicos em 2013, conforme a DGDPAJ.

47 Os defensores públicos criminais designados ao CPP também fazem plantões durante a semana para atender a população prisional.

48 Instituto Nacional Penitenciário, 2014.

2.3 Métodos de acesso à assistência jurídica penal

A oferta do serviço de assistência jurídica no país varia segundo as características do acusado. Segundo o CPP, quando uma pessoa é presa, tem o direito a ser assistida por um defensor desde os atos iniciais de investigação.[49] Se o preso, devido à baixa renda, não tiver possibilidades de arcar com os custos de um defensor particular, será designado um defensor público, o qual exercerá seu trabalho gratuitamente.[50]

Quanto à prática, os procuradores do estado judicial de Cusco entrevistados indicaram que, quando uma pessoa é detida, a polícia se comunica com o procurador, que, em alguns casos, recorre à delegacia e consulta pessoalmente se o indiciado possui um advogado particular ou se requerer os serviços de um defensor público. Se o preso indicar que deseja ser assistido por um advogado particular, o procurador facilita o acesso a um telefone para que se comunique com seu defensor. Se o detido, pelo contrário, solicitar um defensor público,[51] o procurador se comunica com o defensor de plantão para que este se dirija à delegacia, para assistir o acusado sem distinguir sua situação econômica.

Contudo, em alguns casos, o procurador, ao ser comunicado de uma prisão, autoriza os policiais para que eles verifiquem se o detido conta com um advogado particular ou se requer um defensor público. Se o detido indicar que deseja ser assistido por um defensor público, o policial se comunica com o defensor público de plantão. Cabe mencionar que, para efeitos da comunicação com os defensores públicos, tanto o procurador quanto o policial têm acesso aos números telefônicos dos defensores públicos de plantão 24 horas, sete dias por semana.

O CPP estabelece que, quando um defensor particular não comparecer a uma diligência inadiável, deve ser substituído por outro que o acusado designar ou por um defensor público,[52] como uma medida para que o processo não se dilate indevidamente. Para isso, o juiz notifica o coordenador dos defensores públicos a fim de que se designe o defensor público que representará o acusado, sob advertência de ser ele mesmo designado. Contudo, se se tratar de uma diligência adiável, o defensor

49 Conforme o CPP, art. 71, inc. c.

50 Conforme o CPP, art. 80.

51 Geralmente por desconhecerem um advogado particular ou não possuírem recursos econômicos para contratá-lo.

52 Conforme o CPP, art. 85, inc. 1.

público será notificado depois do segundo não comparecimento injustificado do defensor particular.[53]

Em qualquer etapa do processo penal, o acusado ou seus familiares podem solicitar os serviços da Defensoria Pública de maneira verbal ou por escrito perante a DGDP ou as direções estaduais ou sedes competentes. O tipo do serviço que o usuário receberá dependerá do resultado da análise e verificação da situação socioeconômica que os assistentes sociais da Defensoria Pública realizam.[54]

Se o usuário for uma pessoa de baixa renda,[55] será oferecido o serviço de defesa pública gratuita; entretanto, se for comprovado que não cumpre com os requisitos para a gratuidade, será comunicado ao usuário que deve nomear um defensor particular ou pagar pelo custo dos serviços. Ele também estará obrigado a pagar o custo dos serviços se incorrer em falsidade da informação fornecida sobre sua situação socioeconômica.[56]

O custo do serviço de defesa pública está regulamentado pelo Decreto Supremo 007-2012-JUS,[57] que estabelece escalas de custos para a prestação do *serviço não gratuito de defesa pública.* Essa escala conta com três níveis, em função da renda e da situação patrimonial dos solicitantes; no entanto, quando o usuário é processado por delitos contra a administração pública,[58] a norma dispõe que o valor será o máximo aplicável, sem nenhuma exceção.

53 Conforme o CPP, art. 85, antes da modificação da Lei 30.076 de 19 de agosto de 2013.

54 A verificação da situação econômica do usuário é realizada aleatoriamente visto que, pela carga de trabalho, não é possível realizar a supervisão de todos. Para efeitos da verificação, o usuário realiza uma declaração sobre sua situação socioeconômica, no qual indica sua situação laboral, a situação econômica de seu cônjuge e a afiliação a algum plano de saúde. Para a comprovação do indicado no depoimento, é suficiente a apresentação de um certificado expedido gratuitamente pelas entidades públicas e privadas dedicadas a programas sociais, assistência social ou defesa dos direitos fundamentais, conforme a Lei 29.360 — Lei do Serviço de Defesa Pública, art. 16.

55 Segundo a Lei 29.360 — Lei de Serviço de Defesa Pública, art. 15, que estabelece que "se entende que uma pessoa tem baixa renda quando não pode pagar os serviços de um advogado particular sem colocar em risco sua sobrevivência ou a de sua família. Pressupõe-se que uma pessoa tem escassos recursos econômicos quando: a) encontra-se desempregada ou não tem emprego ou trabalho conhecido; b) recebe, por qualquer modalidade, rendimentos mensais inferiores a uma remuneração mínima vital. Essa hipótese não é aplicável quando da análise da sua situação econômica se constatar que conta com patrimônio suficiente para arcar com os custos de uma defesa particular" (*tradução nossa*).

56 Conforme a Lei 29.360 — Lei de Serviço de Defesa Pública, art. 17.

57 Foi promulgado no dia 20 de março de 2012.

58 Previstos no Capítulo II do Título XVIII do Código Penal.

Tabela 1
Escala diferenciada para a cobrança pela a prestação do serviço não gratuito da defensoria pública

Escalas	Renda ou patrimônio sujeitos à avaliação da DGDP	Valor da cobrança
Escala 1	Renda: Mais de 2,5 até 6 rmv* ou patrimônio maior a USD 8.928** até USD 17.857	Montante com redução de 80%
Escala 2	Renda: Mais de 6 até 12 rmv ou patrimônio maior a USD 17.857 até USD 53.571	Montante com redução de 40%
Escala 3	Renda: Mais de 12 rmv ou patrimônio maior a USD 53.571	Montante máximo, sem redução

* Remuneração mínima vital.
** A cotação oficial do dólar estadunidense no momento da análise era de 1 USD = S/2,8.
Fonte: Elaborada pelo CERJUSC sobre a base de informação do Decreto Supremo 007-2012-JUS.

A Defensoria Pública carece de mecanismos para efetivar o pagamento do custo da prestação da assistência jurídica não gratuita. Apesar disso, na prática, os defensores públicos emitem uma fatura pelos custos dos serviços prestados, isto é, cumprem com o regulamento no Decreto Supremo 007-2012-JUS, o qual estabelece que cada defensor público deve informar ao diretor estadual os serviços prestados, conforme o caso, em função dos valores indicados na escala, para a posterior liquidação dos pagamentos.

É necessário enfatizar que não é função do defensor público participar do processo de recebimento do pagamento pela prestação do serviço não gratuito da defesa pública. Nesse contexto, ainda que o usuário não realize o pagamento, o defensor público é responsável por continuar exercendo a defesa até o usuário manifeste que já não a requer ou até que receba uma ordem do diretor estadual de não continuar oferecendo o serviço de defesa.

2.4 Elegibilidade para assistência jurídica penal e procedimentos da nomeação

Qualquer pessoa que não contar com um defensor de sua escolha ou que tenha renunciado a ter um particular tem o direito a ser assistido por um defensor

público em cumprimento do direito à defesa necessária,[59] o qual pode ser exercido também a pedido do Ministério Público ou do órgão jurisdicional.

Em consequência, os defensores públicos devem prestar serviço gratuito sem maiores condições prévias. Contudo, como o serviço da defesa pública está voltado para as pessoas de baixa renda, um assistente social deve realizar o processo de verificação da situação socioeconômica do acusado e, se for identificado que este conta com recursos econômicos, então perderá o benefício da gratuidade do serviço;[60] devendo portanto, pagar o valor correspondente.

2.4.1 O mecanismo para a designação do defensor público conforme quem o solicita

Na prática, quando se trata do requerimento de um procurador ou de um policial - por delegação do procurador - há defensores públicos que estão de plantão 24 horas para atender qualquer pessoa detida. O número de defensores designados aos plantões varia segundo a quantidade de defensores públicos lotado em cada estado judicial; por exemplo, no estado judicial de Cusco, há dois defensores públicos que trabalham durante o dia e cada um realiza de três a quatro plantões por mês.

Quando se trata do requerimento de um juiz, antes da designação do defensor público, a equipe da Defensoria Pública realiza uma busca em seu sistema de registro para saber se o acusado já foi atendido anteriormente. Em caso afirmativo, o caso será designado ao defensor que inicialmente o atendeu ou que conhece o caso específico. Se for verificado que é a primeira vez que a Defensoria Pública atende o usuário ou o caso, então se abre um novo registro, que será designado a um defensor público. Essa designação se realiza considerando a carga mensal que cada defensor possui, a fim de realizar uma distribuição equitativa de trabalho.

59 Conforme a Lei 29.360 — Lei do Serviço de Defesa Pública, art. 14.

60 Outras causas de perda do benefício de gratuidade, segundo o disposto no artigo 17 da Lei 29.360 — Lei do Serviço de Defesa Pública, são: (i) o beneficiário incorre em falsidade da informação fornecida sobre sua situação socioeconômica; (ii) desaparecimento das condições socioeconômicas que deram origem ao benefício e (iii) o usuário contrata ou recebe o serviço de um advogado particular.

2.5 Remuneração da assistência jurídica penal

A remuneração dos defensores varia segundo o tipo de defensor. No caso dos particulares, rege-se pela fixação de honorários profissionais, os quais são estabelecidos livremente segundo a vontade contratual do defensor e de seu cliente.[61] Cabe mencionar que o valor pode ser estipulado com base na tabela de honorários mínimos definida pela respectiva Associação de Advogados. Por exemplo, a tabela 2 detalha os honorários mínimos dos defensores particulares, conforme a Ordem de Advogados de Lima.

Tabela 2
Honorários mínimos da Ordem de Advogados de Lima

Advocacia criminal		
Participação do advogado criminal	**Honorário profissional (%)**	**Valor em dólares segundo UIT* 2013 (USD)**
Investigação preliminar	10% de uma UIT	136,00
Investigação	10% de uma UIT**	136,00
Julgamento oral ou audiência	25% de uma UIT	339,00
Advogado civil	10% de uma UIT	136,00
Procedimentos especiais	20% de uma UIT	271,00
Assistência jurídica em caso de extinção de ação penal, reabilitação e qualquer outro procedimento especial	10% de uma UIT	136,00
Alegações orais em primeira instância	5% de uma UIT	68,00
Alegações orais em segunda instância	8% de uma UIT	109,00
Alegações orais em terceira instância	10% de uma UIT	136,00

* Unidade impositiva tributária (UIT), em 2014, segundo o Decreto Supremo 304-2013-EF foi S/3.800. Equivalente a USD 1.357.
** Caso a investigação seja prorrogada ao máximo da lei, o defensor terá direito a perceber remuneração adicional devido à prorrogação, por uma vez só, de 10% da UIT.
Fonte: Elaborada pelo CERJUSC utilizando a base da informação da Associação de Advogados de Lima.

É importante esclarecer que, embora o Código de Ética do Advogado[62] não estabeleça parâmetros para a fixação dos honorários dos defensores —como era

61 Em concordância com o Código de Ética do Advogado, art. 50.

62 Resolução de Presidência de Junta de Decanos 001-2012-JDCAP-P, de 14 de abril de 2012.

estabelecido no anterior Código de Ética do Advogado[63]—, a jurisprudência do Tribunal Constitucional reconhece critérios que devem ser considerados para determinar os honorários dos advogados particulares, entre os quais se considera que "não somente deve valorar o tempo gasto e a participação dos advogados, mas também devem considerar outros critérios relevantes, como: (a) o sucesso obtido e sua importância, (b) a novidade ou dificuldade da questão debatida e (c) se os serviços profissionais foram isolados, fixos ou constantes" (*tradução nossa*).[64]

Como se observa, existem orientações jurisprudenciais que estabelecem parâmetros para determinar o valor dos honorários profissionais dos defensores particulares; contudo, na prática, o principal indicador para fixar o valor da defesa particular é a qualidade do serviço oferecido associada ao prestígio que um determinado advogado ou escritório possa ter. Nesse sentido, o valor da defesa de um caso criminal pode variar de USD 714 até mais de USD 18.571. Além disso, a forma do pagamento varia segundo o estabelecido por cada advogado com seu cliente.[65]

Contrariamente à situação dos defensores particulares, os públicos recebem um salário mensal que não tem relação com a quantidade de casos em que trabalham ou a quantidade de diligências atendidas ou seus resultados. Atualmente, 96% dos defensores públicos criminais estão contratados pelo regime do Decreto Legislativo 1.057,[66] que regulamenta um sistema de contratação periódica, renovável no tempo e que, portanto, não implica estabilidade ou plano de carreira. 4% dos defensores públicos

63 Artigo 34 do Código de Ética das Associações de Advogados, firmado em abril de 1997 e vigente a partir de maio de 1997. "Sem prejuízo do que as tarifas da profissão disponham, para estimar o valor dos honorários, o advogado deve fundamentalmente atender ao seguinte: (i) a importância dos serviços, (ii) o montante em disputa, (iii) o sucesso obtido e sua relevância, (iv) a novidade ou dificuldade das questões jurídicas debatidas, (v) a experiência, a reputação e a especialidade dos profissionais que interviram, (vi) a capacidade econômica do cliente, tendo presente que a pobreza obriga a cobrar menos e, inclusive, a não cobrar nada, (vii) a possibilidade de o advogado ficar impedido de intervir em outros casos ou de desavenças com outros clientes ou com terceiros, (viii) se os serviços profissionais são isolados, fixos ou constantes, (ix) a responsabilidade que decorra para o advogado da atenção à causa, (x) o tempo empregado no patrocínio da causa, (xi) o grau de participação do advogado no estudo, planejamento e desenvolvimento do caso, e (xii) se o advogado somente patrocinou a causa ou se também serviu como mandatário do cliente" (*tradução nossa*).

64 Processo 00052-2010-PA/TC, de 27 de março de 2012.

65 Os advogados oferecem a seus clientes diversos mecanismos de fixação de honorários, por exemplo, (i) tarifa horária, modalidade que consiste em liquidar os honorários mensalmente, de acordo com um indicador de horas investidas na atenção ao cliente; (ii) *retaining fee*, modalidade que consiste em uma parcela mensal fixa; (iii) honorários fixos, modalidade que supõe o estabelecimento de um honorário previamente acordado para cada caso particular e que se fixa consensualmente considerando a especialidade da matéria, complexidade, quantia, tempo dedicado, entre outras variáveis.

66 Lei de Bases da Carreira Administrativa e de Remunerações do Setor Público, de 28 de junho de 2008.

criminais são contratados pelo regime do Decreto Legislativo 276,[67] que regulamenta um sistema trabalhista tradicional, com estabilidade, mas baixa remuneração.

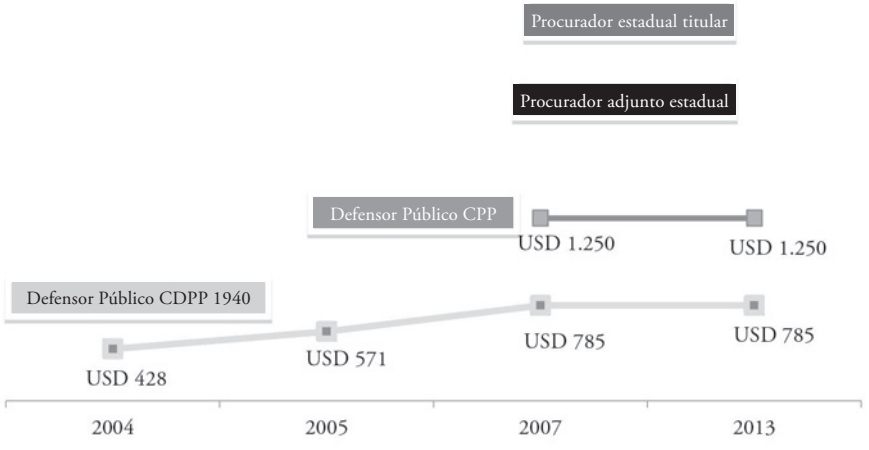
Como sinalizado antes, a implementação do CPP implicou um aumento do orçamento da Defensoria Pública e, com isso, o aumento do salário dos defensores públicos. O salário dos defensores públicos criminais varia em função da norma processual penal que aplicam: a remuneração mensal dos defensores que aplicam o CPP é USD 1.250 e a dos defensores que aplicam o CDPP 1940 é USD 785; este último valor está em vigor desde 2007 e representa um aumento de 83% em comparação ao ano 2004, em que era USD 428.[68]

É importante salientar que existe grande diferença entre o salário dos defensores públicos criminais e o dos procuradores. Um procurador titular ou procurador adjunto titular recebe um salário de USD 6.633; um procurador estadual titular ou procurador adjunto superior titular recebe um salário de USD 5.140 e um procurador adjunto estadual, USD 3.316.[69]

O gráfico 2 apresenta as diferenças entre os salários dos defensores públicos e dos procuradores.

Gráfico 2

Evolução da remuneração econômica dos defensores públicos criminais 2004-2013 e comparação salarial com os procuradores



Fonte: Elaborado pelo Cerjusc, sobre a base de informação obtida das declarações dos diretores da DGDPAJ em matérias jornalísticas

67 Lei de Bases da Carreira Administrativa e de Remunerações do Setor Público, de 24 de março de 1984.

68 DGDPAJ. Memória Institucional janeiro 2012-março 2013.

69 Decreto Supremo 330-2013-EF. Aprovam-se valores dos salários dos membros do Ministério Público, 19 de dezembro de 2013.

3. Direitos reconhecidos legalmente e sua aplicação

3.1 O direito à informação

3.1.1 Direito a ser informado sobre a natureza e as causas da detenção

Segundo a Constituição Política, toda pessoa detida tem direito a ser informada imediatamente e por escrito sobre a causa ou razões de sua detenção;[70] além disso, existem dois tipos de detenção previstas em lei: por flagrante e por mandado judicial.[71]

De acordo com o CPP, o policial deve entregar ao detido a ordem da detenção judicial contra ele ou, no caso de a detenção ser em flagrante, informar imediatamente ao procurador na delegacia de polícia.[72] Conforme o artigo 71 do CPP, o policial deve ler e entregar ao detido uma ata em que conste a carta de direitos, que deve conter as informações abaixo.

1. Que pode fazer valer por si mesmo ou por meio de um defensor os direitos que a Constituição e as leis lhe concedem, desde o início das primeiras diligências de investigação até o encerramento do processo.
2. As acusações formuladas contra ele e, em caso de detenção, que seja expressa a causa ou motivo dessa medida entregando-lhe o mandado de prisão, quando assim couber.
3. O direito de designar pessoa ou instituição à qual deve ser comunicada a detenção e que essa comunicação seja feita imediatamente.
4. O direito de ser assistido desde os atos iniciais da investigação por um advogado.
5. O direito de abster-se de depor e, se aceitar fazê-lo, que seu advogado esteja presente em seu depoimento e em todas as diligências em que se solicitar sua presença.
6. O direito de que não sejam empregados meios coativos, intimatórios ou contrários à sua dignidade nem ser submetido a técnicas ou métodos que

70 Conforme a Constituição Política do Peru, art. 139, incs. 14 e 15.

71 Conforme a Constituição Política, art. 2º, inc. 24-f, que estabelece que ninguém pode ser detido se não por mandado escrito e motivado do juiz ou pelas autoridades policiais em caso de flagrante delito.

72 Conforme o CPP, art. 71, inc. 2º-A.

induzam ou alterem sua livre vontade, bem como sofrer uma restrição não autorizada nem permitida por lei.

7. O direito de ser examinado por um médico ou, em sua ausência, por outro profissional de saúde, quando seu estado de saúde necessitar.

A esse respeito, a jurisprudência indica que "se do direito à informação sobre a causa da detenção parece depreender-se que o direito do acusado é limitado no momento da própria detenção, o certo é que essa informação sobre os direitos constitui a primeira exigência do respeito à garantia constitucional de defesa que acompanha a parte ao longo do processo" (*tradução nossa*).[73]

Quanto ao exercício prático do direito a ser informado sobre a natureza e as causas da detenção, os operadores entrevistados para esta pesquisa concordaram que, como regra geral, durante a detenção, os policiais cumprem com o dever de informar o detido sobre as acusações contra ele e os seus direitos.

No entanto, os operadores também indicaram que, em alguns casos, ainda persiste a prática do antigo processo penal, de não informar ao detido seus direitos; além disso, somente se faz com que ele assine a ata da carta de direitos para cumprir com a formalidade que o processo exige, levando o detido a ignorar seu direito a um defensor ou de se abster de depor, prestando depoimentos sem a presença de um defensor, o que prejudica o direito à defesa.

3.1.2 Direito a ser informado sobre a natureza e as causas da acusação

De acordo com o CPP, se da denúncia, do inquérito policial ou das diligências preliminares aparecerem indícios reveladores da existência de um delito, que a ação penal não tenha prescrito, que tenha sido individualizado o acusado e que, se for o caso, tenham sido satisfeitos os requisitos processuais, o procurador formalizará a investigação preparatória, a qual deve conter, entre outros requisitos, o nome completo do acusado, os fatos e a tipificação específica correspondente. É preciso destacar que a norma estabelece que o procurador pode atribuir tipificações diversas ao fato objeto de investigação indicando os motivos dessa qualificação. A formalização da investigação deve ser notificada pelo procurador ao acusado e, além disso, ser comunicada ao juiz de investigação preparatória.[74]

73 Processo 02746-2010-PHC/TC, Sentença de 13 de setembro de 2011.

74 Conforme indica o CPP, art. 336.

Depois de realizada a investigação preparatória, segue a denominada fase intermediária, na qual o procurador formula a denúncia.[75] De acordo com o CPP, a denúncia deve conter a qualificação jurídica que se atribui ao acusado e que pode ser diferente da indicada na formalização da investigação preparatória.[76] A denúncia é informada aos sujeitos processuais em duas fases: de um lado, na fase escrita, mediante a notificação às partes envolvidas no processo;[77] de outro, na fase oral, durante a audiência de controle da acusação. Cabe mencionar que, nesta última fase, o procurador pode modificar, esclarecer ou incluir na denúncia elementos substanciais.[78]

O CPP também reconhece outro mecanismo antecipado de denúncia durante a investigação preparatória. Quando o procurador considerar que as diligências preliminares são suficientes para formar sua convicção sobre a existência de um delito e a vinculação do acusado ao cometimento deste, pode formular diretamente a acusação,[79] o que é uma forma de aceleração do processo contemplada no CPP e no Acordo Plenário[80] 6-2010/CJ-116.[81]

Sobre o direito a ser informado da natureza e das causas da acusação, a jurisprudência menciona:

> [a] garantia de defesa processual impõe a necessidade de que o acusado seja informado da acusação para poder assim defender-se em respeito ao contraditório. A pretensão punitiva deve ser exteriorizada devidamente pois não é possível admitir uma acusação tácita ou implícita. O conhecimento da acusação requer que seja informado ao acusado o fato atribuído e a qualificação jurídica desses fatos. E, embora o novo ordenamento

75 A denúncia é um ato postulatório do Ministério Público que promove a persecução penal do delito, conforme o Acordo Plenário 6-2009/CJ-116-V Pleno Jurisdicional das Salas Penais Permanente e Transitória, de 13 de novembro de 2009. É preciso mencionar que a acusação ministerial é diferente da indiciamento visto que este é formulado e informado desde o início das investigações preliminares. Conforme o artigo 9º do Título Preliminar e inciso 2º.a. do artigo 71, Acordo Plenário 02-2012/CJ-116-I Pleno Jurisdicional Extraordinário das Salas Penais Permanente e Transitória, de 26 de março de 2012.

76 Embora contemple uma qualificação jurídica diferente, a denúncia somente pode referir-se a fatos e pessoas incluídos na disposição de formalização da investigação preparatória, conforme o CPP, art. 349, inc. 2º.

77 Conforme o CPP, art. 350.

78 Conforme o CPP, art. 351.

79 Conforme o CPP, art. 336, inc. 4º.

80 Os acordos plenários são consensos dos juízes no âmbito dos plenos jurisdicionais, que consistem em reuniões de juízes da mesma especialidade, de uma, algumas ou todas as cortes superiores de justiça, orientadas à análise de situações problemáticas relacionadas com o exercício da função jurisdicional, com a finalidade de debatê-las e chegar-se a conclusões sobre o critério mais apropriado para cada caso. No *Guía Metodológica de Plenos Jurisdiccionales del Poder Judiciário*.

81 VI Pleno Jurisdicional das Salas Penais Permanente e Transitória, de 16 de novembro de 2010.

> processual autorize que em determinadas circunstâncias sejam feitas tipificações diversas, devem realizar-se respeitando o núcleo essencial do fato, para que estas não sejam inesperadas e, dessa maneira, a garantia de defesa processual esteja protegida.[82]

Com relação ao exercício prático desse direito, existem problemas associados à adequada imputação na denúncia. De acordo com as entrevistas realizadas, as debilidades na denúncia fazem com que, em alguns casos, o acusado não possa exercer seu direito à defesa de maneira idônea e efetiva visto que não tem conhecimento claro e preciso das acusações atribuídas e sua responsabilidade no delito imputado, além de limitar o desenho da estratégia processual adequada ao caso, dos pontos de contradição, da alegação da tese de inocência ou, na sua falta, de uma atenuação da pena. Ainda que em algumas audiências de controle os juízes de investigação preparatória devolvam a denúncia aos procuradores para que corrijam ou esclareçam sua acusação,[83] em outros casos, os juízes determinam diretamente o arquivamento do processo, o que gera a impunidade dos delitos, caso estes tenham certamente ocorrido.[84]

3.1.3 Direito a obter acesso à informação relevante do caso durante a fase policial, ministerial e judicial

O CPP estabelece que o acusado e seu defensor[85] têm direito a que lhes seja proporcionada informação em qualquer momento do processo penal.[86] Por isso, pode ter acesso a cópias simples ou certificadas do inquérito policial e do processo judicial,[87] o que inclui cópias das primeiras diligências e dos atos policiais. Além disso, o CPP indica que o defensor tem direito a acessar o processo ministerial e judicial, bem como a obter cópia simples dos atos em qualquer momento do processo.[88] Recentemente, o

82 Cassação 62-2009, Sentença de 20 de julho de 2010.

83 Conforme o CPP, art. 352, inc. 2º.

84 Conforme o CPP, art. 352, inc. 4º.

85 Segundo o artigo 324, inciso 3º, "[a]s cópias obtidas são para uso da defesa. O advogado que as receber está obrigado a manter a reserva de lei, sob a responsabilidade disciplinar. Se reincidir, o cliente será notificado para que o substitua no prazo de dois dias da notificação. Se não o fizer, será nomeado um defensor de ofício" (*tradução nossa*).

86 Conforme o CPP, art. 138.

87 Em concordância com o artigo 324, inciso 1º, que estabelece que a investigação tem caráter reservado e que as partes somente poderão saber acerca de seu conteúdo de maneira direta ou por meio de seus advogados devidamente relacionados nos autos. Em qualquer momento, as partes podem obter cópia simples dos atos.

88 Conforme indica o inciso 7º do artigo 84.

Poder Judiciário emitiu uma diretriz para a disponibilização de cópias do processo nos estados judiciais onde ainda se encontra vigente o CDPP 1940.[89]

A jurisprudência do Tribunal Constitucional estabelece como regra geral que "todo órgão do Estado ou entidade com personalidade jurídica de direito público se encontra obrigado a fornecer a informação solicitada, sendo excepcional a negação do acesso a esta por razões de segurança nacional, afetação à intimidade pessoal ou nos casos estabelecidos por lei" (*tradução nossa*).[90]

O exercício prático desse direito varia segundo a instituição à qual for solicitada a informação. Por exemplo, a expedição de cópias na Polícia, em alguns casos, pode ser feita somente com a solicitação verbal; contudo, em outros casos, existem práticas associadas ao segredo da investigação, próprias do sistema inquisitivo, portanto a informação só é entregue por alguns policiais mediante a autorização do procurador.

Por outro lado, no Ministério Público, a solicitação de informação[91] e a entrega desta depende da situação jurídica do acusado ou das circunstâncias de urgência. Por exemplo, se se tratar de um preso, a informação, que pode ser solicitada verbalmente, é fornecida no momento requerido. Em outros casos, a fim de exercer a defesa técnica, a informação deve ser solicitada por meio de um documento escrito. A respeito disso, é preciso mencionar que, para a expedição de cópias dos atos ministeriais, até 2007 tinha que ser efetuado o pagamento de uma taxa administrativa, em relação ao qual os defensores públicos criminais interpuseram ações de tutela[92] por violar o direito da defesa[93] e conseguiram que a expedição das cópias para os defensores públicos fosse gratuita, apenas pagando pelas cópias dos documentos em si.

89 Diretriz 004-2014-CE-PJ — Diretrizes para o acesso à informação e/ou a expedição de cópias simples do processo judicial durante a etapa de instrução do processo penal. Esse documento estabelece: "O mandado de reserva, previsto na primeira parte do artigo 73 do Código de Procedimentos Penais, compreende uma restrição legal da liberdade de informação em relação a terceiros alheios ao processo, mas não assim aos que se encontram diretamente envolvidos neste, pois o contrário implicaria uma atuação arbitrária do órgão jurisdicional em evidente prejuízo de seu direito de defesa […] Os sujeitos do processo penal têm o direito de solicitar a informação e/ou expedição de cópias necessárias para sua estratégia de defesa" (*tradução nossa*).

90 Processo 02040-2010-PHD/TC, Sentença de 11 de novembro de 2011.

91 Não existem limitações no acesso aos atos processuais, provas ou outros. Com exceção quando o procurador se amparar no artigo 324 do CPP, que estabelece que o procurador pode ordenar que algum ato ou documento se mantenha em segredo por um tempo não maior a 20 dias. Na prática, aplica-se esseessa hipótese para os delitos ligados ao crime organizado.

92 Para ver o conceito da tutela de direitos, ver nota de rodapé n. 22.

93 Tutela de direitos ante a cobrança de taxas para a expedição de cópias simples do processo fiscal e/ou judicial. Processo 00027-2011-1-1826-SP-PE-01.

Quanto ao acesso à informação no julgamento, não existem limitações contanto que seja realizado o trâmite correspondente, como apresentar um documento escrito, o qual é respondido por meio de uma resolução que autoriza a entrega da informação solicitada. No caso da expedição de cópias simples, estas são gratuitas e entregues em duas modalidades: por meio de dispositivos de armazenamento[94] ou mediante fotocópias. Por outro lado, é importante determinar que, quando se trata da solicitação de cópias certificadas, se deve pagar o indicado no Texto Único de Procedimentos Administrativos (Tupa) do Poder Judiciário.[95]

3.2 O direito à defesa

A Constituição Política garante o direito a contar com um defensor desde quando a pessoa é citada ou detida por qualquer autoridade e também estabelece o princípio de não ser privado do direito de defesa em nenhum momento do processo.[96] A respeito disso, o CPP reconhece ao acusado o direito à defesa, bem como a ser assistido por um defensor de sua escolha.[97] Outrossim, como já mencionado, quando o acusado, por ser de baixa renda, não puder designar um advogado particular, o Estado, por meio de seu órgão encarregado, deve providenciar a defesa pública gratuita.[98]

3.2.1 Direito de a pessoa imputada defender-se e representar-se pessoalmente

O artigo 9º do Título Preliminar do CPP indica que toda pessoa tem direito a exercer sua autodefesa. Nesse sentido, no julgamento oral, durante a discussão das alegações finais, permite-se a autodefesa do acusado[99] e concede-se a palavra a ele para que exponha o que julgar conveniente para sua defesa.[100]

Sobre isso, a jurisprudência sustenta que a dupla dimensão do exercício do direito de defesa permite o direito de o acusado exercer sua própria defesa desde o momento em que tem conhecimento de que é acusado de cometer determinado delito.

94 Pen drive, CD, DVD e disco rígido externo, que são de propriedade dos sujeitos processuais.

95 Mediante Resolução Administrativa 265-2012-CE-PJ foi aprovado o Texto Único de Procedimentos Administrativos do Poder Judiciário.

96 Conforme a Constituição Política do Peru, art. 139, inc. 14.

97 Conforme o CPP, arts. 9º do Título Preliminar e 71.

98 Conforme o CPP, art. 80.

99 Conforme o CPP, art. 386, inc. 1º.d.

100 Conforme o CPP, art. 391.

No entanto, "reconhecer o exercício de defesa integralmente a um acusado que não ostenta a condição de advogado implicaria submetê-lo a um estado de falta de defesa por ausência de uma assistência profissional, versada no conhecimento do direito e na técnica dos procedimentos legais, situação que, aliás, viola o princípio de paridade de armas ou paridade processual das partes" (*tradução nossa*).[101]

O exercício prático desse direito somente se limita a garantir a manifestação do acusado antes de conhecer a sentença em primeira instância. Segundo os operadores entrevistados, permitir a autodefesa durante o desenvolvimento de todo o processo penal prejudicaria o acusado ao encontrar-se diante de uma defesa ineficaz e meramente formal. Nesse contexto, se o acusado se negar a contar com um defensor, o órgão jurisdicional ou o Ministério Público deve requerer os serviços de um defensor público à DGDP ou à Direção Estadual.

3.2.2 Direito a contar com assistência e representação legal (técnica) de sua confiança e de livre escolha

A Constituição Política indica que toda pessoa tem direito a comunicar-se pessoalmente com um defensor de sua escolha e a ser assessorada por este desde o momento de sua citação ou detenção por uma autoridade.[102] Além disso, o CPP estabelece que toda pessoa tem direito a ser assistida por um defensor de sua escolha.[103]

Sobre esse direito, a jurisprudência tem determinado que a defesa formal pressupõe o direito a uma defesa técnica, isto é, "à assistência e representação por um advogado de sua escolha desde o momento em que a pessoa é citada ou detida pela autoridade e durante todo o tempo que durar a investigação preliminar ou o processo em si" (*tradução nossa*).[104]

Quanto ao exercício prático desse direito, observa-se que, embora seja respeitado no processo penal, em alguns casos, há limitações para acessar oportunamente a defesa particular. Os defensores públicos entrevistados indicaram que, às vezes, o acusado deseja ser defendido por um defensor particular, mas pelo horário da detenção ou por não conhecer um, recorre aos serviços de um defensor público. Posteriormente, durante a investigação preliminar, ele pode desistir desse serviço.

101 Processo 6260-2005-PHC/TC, Sentença de 12 de setembro de 2005.

102 Conforme a Constituição Política do Peru, art. 139, inc. 14.

103 Conforme o CPP, art. 9º do Título Preliminar.

104 Processo 00910-2011-PHC/TC, Sentença de 24 de maio de 2011.

3.2.3 Contar gratuitamente com os serviços de um advogado em caso de não poder arcar com os custos

A Constituição Política e a Lei Orgânica do Poder Judiciário garantem a defesa gratuita para as pessoas de baixa renda.[105] Nesse sentido, toda pessoa detida que não puder ser assistida por um defensor particular de sua escolha, deve ser assistida por um defensor público.[106]

Sobre esse direito, a jurisprudência reconhece a defesa gratuita como um dos princípios da função jurisdicional, mas não se garante a gratuidade da defesa a todos os acusados, mas "somente àqueles que tiverem recursos econômicos escassos" (*tradução nossa*).[107]

Na prática, o acesso a um defensor proporcionado pelo Estado é exercido por meio dos defensores públicos, especialmente para as pessoas de baixa renda. É importante mencionar que a maior quantidade de defensores públicos não se concentra nos estados judiciais de maior pobreza, mas sim naqueles onde existe a maior carga de trabalho processual penal, o que, embora seja uma medida adequada e racional, não deixa de evidenciar a necessidade de fortalecer o acesso à defesa técnica nos lugares mais pobres do país. Atualmente, cada defensor público criminal pode ter mais de 200 casos por ano.[108] Em uma recente pesquisa, 69% dos defensores públicos consideraram que a carga de trabalho era normal ainda que, para isso, devam dedicar entre 9 e 12 horas de trabalho diário.[109]

A tabela 3 apresenta dados sobre o número de casos e atendimentos pela Defensoria Pública no primeiro trimestre 2014.[110] Cabe salientar que os casos correspondem aos usuários defendidos no âmbito de denúncias e processos penais e dividem-se em: *novos* (os

105 Conforme indicam a Constituição Política do Peru, art. 139, inc. 16 e o Texto Único Ordenado da Lei Orgânica do Poder Judiciário, art. 295.

106 Conforme indica o CPP, arts. 9º do Título Preliminar e 80, e o Texto Único Ordenado da Lei Orgânica do Poder Judiciário, art. 288. Adicionalmente, a legislação estabelece que o defensor que exerce livremente a profissão deve realizar obrigatoriamente, pelo menos, uma defesa gratuita por ano.

107 Processo 1607-2002-AA/TC, Sentença de 17 de março de 2004.

108 Durante 2012, com base no Código Processual Penal, foram realizadas 121.816 consultas, 58.449 novos casos, 30.148 casos concluídos e 48.782 casos em andamento. Com base no CPP, foram realizadas 70.721 consultas, 31.603 novos casos, 13.456 casos concluídos e 8.623 casos em andamento (DGDPAJ).

109 Ministério de Justiça e Direitos Humanos, 2014.

110 Segundo a DGDPAJ, as temáticas nas quais se oferece atendimento estão divididas em dois grupos: (i) conforme casos regidos pelas regras do CPP; (ii) casos regidos pelas regras do CDPP 1940.

que ingressaram para serem atendidos pela primeira vez), *em andamento* (os que se mantêm em trâmite desde o período anterior) e *concluídos* (os que finalizaram no período).

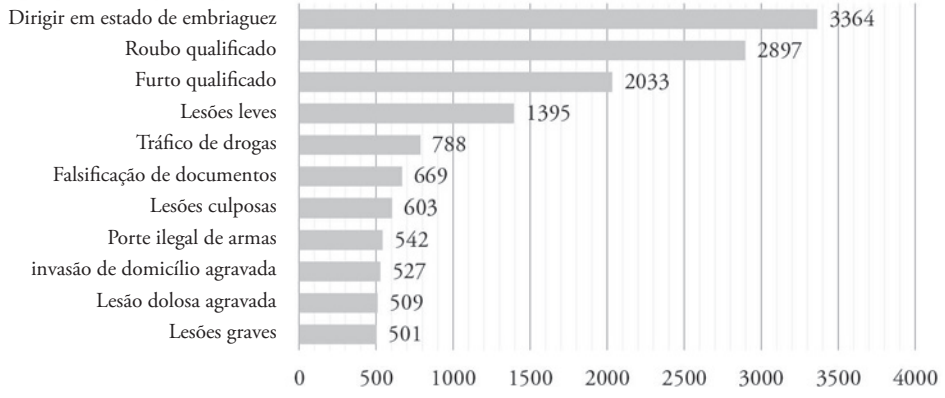
Tabela 3
Atendimentos e casos assumidos pela defesa pública no primeiro trimestre 2014

Tipo de código	Casos	Atendimentos	Total
CPP	41.209	87.935	129.144
CDPP 1940	12.226	46.099	58.325

Fonte: Elaborada pelo CERJUSC sobre a base de informação da DGDPAJ (2014).

O gráfico 3 mostra o tipo de delito atendido pelos defensores públicos. Observa-se que, no primeiro trimestre de 2014, os números mais altos de *casos novos* correspondiam a casos por dirigir em estado de embriaguez (3.364), seguidos por casos de roubo qualificado (2.897).

Gráfico 3
Casos novos por delitos mais frequentes, primeiro semestre de 2014



Fonte: Elaborado pelo Cerjusc sobre a base de informação da DGDPAJ (2014).

3.2.4 Direito a conversar reservadamente com o defensor

Segundo o CPP, o defensor tem direito a ingressar nos estabelecimentos prisionais e nas dependências policiais, com prévia identificação pessoal, com o objetivo de conversar com seu cliente.[111] Além disso, o defensor pode conversar com o preso durante o

111 Conforme o CPP, art. 84, inc. 8º.

desenvolvimento do processo quantas vezes considerar necessárias a fim de preparar a defesa técnica.[112] Embora as leis peruanas não estabeleçam expressamente que as comunicações entre o defensor e seu cliente devam ser reservadas,[113] o artigo 30 do Código de Ética do Advogado exige essa condição com o intuito de garantir a confidencialidade dos fatos e da informação proporcionada pelo acusado a seu defensor.

Ainda que seja certo que o procurador possa solicitar a incomunicabilidade das pessoas presas pelos delitos de terrorismo,[114] espionagem, tráfico ilícito de drogas ou por um delito sancionado com uma pena superior a seis anos, isso não significa que essa não comunicação prevista legalmente deva limitar as entrevistas reservadas entre o defensor e o detido, as quais não requerem prévia autorização nem poderão ser proibidas.[115] Isso tem sido reconhecido pela jurisprudência, visto que o Tribunal Constitucional sustenta que "não existe nenhum impedimento ou restrição para que o advogado converse com o assistido dentro dos horários estabelecidos" (*tradução nossa*).[116]

Quanto ao exercício prático desse direito, observa-se que, em termos gerais, é garantido, embora se apresentem alguns casos em que há restrições, principalmente relacionadas com as limitações dos espaços físicos para a conversa reservada entre o defensor e seu cliente. Isso se verifica, por exemplo, na detenção policial. De acordo com os defensores públicos e particulares entrevistados, quando uma pessoa é detida, o defensor se dirige à delegacia de polícia e verifica se o indiciado leu e recebeu a ata de direitos; em seguida, solicita um lugar reservado para conversar com o assistido. A respeito disso, os defensores entrevistados mencionaram que há casos nos quais os policiais proporcionam um ambiente reservado, e outros em que isso não é possível, pela falta de espaços disponíveis. Nessas circunstâncias, o defensor e o indiciado devem conversar no

112 Conforme o CPP, art. 9º do Título Preliminar.

113 Conforme o CPP, art. 84, inc. 8º.

114 O artigo 265 do CPP estabelece que o procurador poderá solicitar ao juiz da investigação preparatória que decrete sua incomunicabilidade desde que resulte indispensável para o esclarecimento dos fatos investigados e por um prazo não superior a 10 dias contanto que não ultrapasse o da duração da detenção. O juiz se pronunciará imediatamente e sem nenhum trâmite, mediante decisão motivada.

115 Conforme o CPP, art. 265. Além disso, é compatível com o artigo 280, que estabelece que a incomunicabilidade do acusado com mandado de prisão preventiva procede se é indispensável para o esclarecimento de um delito grave. Não poderá ultrapassar 10 dias. A incomunicabilidade não impede as conversas reservadas entre o defensor e o preso, as quais não requerem prévia autorização nem poderão ser proibidas.

116 Processo 2076-2005-PHC/TC, Sentença de 10 de maio de 2005.

mesmo ambiente onde estão o procurador e o policial, mas a certa distância física deles para que possam manter uma comunicação privada, na qual o advogado consulta-o sobre os fatos ocorridos e esclarece sua situação jurídica.

Como já visto, a legislação peruana prevê que o defensor pode entrevistar-se com o preso durante o desenvolvimento do processo quantas vezes considerar necessárias a fim de preparar a defesa técnica.

3.2.5 Direito a contar com assistência legal durante o interrogatório

De acordo com o CPP, o indiciado tem direito a que seu defensor esteja presente em seu depoimento e em todas as diligências em que sua presença for solicitada.[117] Nesse sentido, o policial somente pode colher a manifestação do autor do delito com a presença de seu defensor e, se este não estiver presente, o interrogatório se limitará a constatar a identidade do detido.[118]

Na prática, observa-se que, embora a defesa pública conte com plantões para atender as necessidades de defesa na etapa das diligências preliminares, esse direito nem sempre é garantido em todos os casos. De fato, algumas vezes, a polícia colhe o depoimento do detido somente com a presença do policial e do procurador, mas não de seu defensor, o que pode dar lugar a que o indiciado reconheça as acusações e aceite negociações em prol de benefícios que oferecem a aplicação de alternativas penais ou os mecanismos de simplificação processual.[119] De acordo com as entrevistas realizadas para este estudo, diante dessa situação, o defensor analisa os fatos e revisa a prova coletada durante as diligências preliminares; portanto, às vezes, recusa as negociações previamente acordadas por não existirem elementos suficientes que demonstrem sua culpabilidade. Também, no caso de o depoimento ser coletado de forma expressa em um documento escrito, o defensor recorre, por via de tutela, ao juiz da investigação preparatória para que resolva a violação ao direito do indiciado e, assim, desconsidere o depoimento no julgamento oral.

117 Conforme o CPP, art. 71, inc. d.

118 Conforme o CPP, art. 68, inc. 1.l.

119 O depoimento do acusado sem a presença de um defensor é uma prática tradicional do sistema de justiça inquisitivo que tem sido restringida nos estados judiciais onde se aplica o CPP, principalmente pela atuação dos defensores públicos nos plantões.

3.3 Os direitos processuais

3.3.1 O direito de responder ao processo em liberdade

A Constituição Política dispõe que são ilegais todas as formas de restrição da liberdade pessoal, salvo nos casos previstos pela lei.[120] Nesse sentido, o CPP contempla requisitos específicos para aplicar medidas cautelares, especialmente a prisão preventiva,[121] com o intuito de garantir sua aplicação excepcional. O artigo 268[122] do CPP indica que, para aplicar essa medida, o procurador deve apresentar três pressupostos materiais concomitantes: (i) a existência de fortes elementos de prova que apontem o indiciado como autor ou partícipe do delito, (ii) que a sanção seja superior a quatro anos de pena privativa de liberdade e (iii) que exista perigo de fuga ou obstaculização da justiça.

Por outro lado, o CPP regulamenta medidas cautelares alternativas[123] à prisão preventiva,[124] para que o indiciado enfrente o processo penal sem que seja necessário seu encarceramento provisório. Cabe mencionar que, para garantir a liberdade pessoal como regra geral e a privação da liberdade como exceção, é necessário que se promova o uso dessas medidas alternativas com a implementação de políticas e estratégias eficazes que contribuam para garantir o adequado desenvolvimento do processo penal, sem deixar de lado a proteção das vítimas.[125]

Sobre o tema, a jurisprudência tem sinalizado reiteradamente que a prisão preventiva não deve ser a regra geral e somente deve recorrer-se a ela como último

120 Conforme a Constituição Política do Peru, art. 2º, inc. 24.b.

121 O Poder Judiciário, na busca de uma maior e melhor eficácia do sistema penal com vistas a superar a insegurança cidadã, emitiu a Resolução Administrativa 325-2011-P-PJ, a qual desenvolve normas metodológicas e critérios jurídicos para a procedência da prisão preventiva.

122 Este artigo foi modificado pela Lei 30.076 – lei que modifica o Código Penal, Código Processual Penal, Código de Execução Penal e o Código das Crianças e dos Adolescentes, e cria registros e protocolos com a finalidade de combater a insegurança cidadã. Nesse sentido, foi eliminado o inciso 2 do artigo 268 que se referia a um quarto requisito, que previa a possibilidade de aplicação da prisão preventiva na possibilidade de o indiciado pertencer ou se reintegrar a uma organização criminosa;; agora essa hipótese foi incluída nos critérios para identificar quando há perigo de fuga. Cabe mencionar que também foi modificado o artigo 269 referente ao perigo processual, artigo 274 à prorrogação da prisão preventiva, 286 aos pressupostos do comparecimento e 287 ao comparecimento restritivo.

123 Entre as medidas cautelares alternativas à prisão preventiva, temos comparecimento restritivo, impedimento de saída, suspensão temporária de direitos e prisão domiciliar.

124 A Lei 30.076, de 19 de agosto de 2013, permtiu a entrada em vigência dos artigos 268 (Prisão preventiva), 269 (Perigo de fuga), 270 (Perigo de obstaculização) e 271 (Audiência oral e resolução) do CPP em todo o território nacional.

125 Ponce e Bances, 2011.

recurso. A prisão preventiva é uma medida excepcional que deve ser aplicada somente quando houver uma suspeita razoável de que o acusado poderá evadir-se da justiça, obstaculizar a investigação preliminar intimidando testemunhas ou destruindo provas; "trata-se de uma medida necessariamente excepcional em vista do direito preeminente à liberdade pessoal e o risco que apresenta a prisão preventiva no que se refere ao direito à presunção de inocência e às garantias do devido processo legal, incluído o direito à defesa" (*tradução nossa*).[126]

Quanto a aplicação prática desse direito, o uso da prisão preventiva se reduziu nos primeiros anos de vigência do CPP; contudo, nos últimos anos, essa tendência está sendo revertida devido às modificações normativas introduzidas para ampliar seu uso.[127]

Em contrapartida, os defensores entrevistados indicaram que ainda existem debilidades na sustentação oral dos procuradores a respeito dos elementos que caracterizam os perigos de fuga e de obstaculização. De fato, o CPP prevê que a prisão preventiva deve ser decidida em uma audiência pública, oral e com contraditório, na qual se avaliará concomitantemente a suposta participação do indiciado no fato, a previsão da pena possível, os antecedentes criminais e outras circunstâncias como o domicílio, vínculos de trabalho e familiares. Contudo, observa-se que, na análise e no debate dos requisitos da prisão preventiva, a valorização dos vínculos do indiciado usualmente não tem o mesmo peso que a valorização dos outros pressupostos materiais; assim, a pena provável continua sendo o principal elemento que motiva a prisão preventiva, a qual geralmente é aplicada aos delitos sancionados com penas altas como os roubos qualificados, o abuso sexual, o tráfico ilícito de drogas e o homicídio.[128]

Por outro lado, quando o juiz decide declarar infundada a aplicação da prisão preventiva, a medida aplicada, em geral, é o comparecimento restritivo e impõe-se ao indiciado um conjunto de restrições à sua liberdade. No entanto, observa-se que o sistema de justiça não conta com mecanismos para a supervisão efetiva das medidas estabelecidas pelos juízes às pessoas que respondem ao processo em liberdade, salvo a assinatura que estes devem efetuar mensalmente. Consideramos que a ausência desses mecanismos de supervisão desestimula a aplicação das medidas alternativas à prisão preventiva.

126 Processo 2934-2004-HC/TC, Sentença de 28 de dezembro de 2004.

127 Resolução Administrativa 325-2011-P-PJ. Circular sobre Prisão Preventiva.

128 Ponce e Bances, 2011.

3.3.2 Direito do acusado a ser julgado em sua presença

A Constituição Política estabelece o princípio de não ser condenado à revelia.[129] Coerente a esse princípio, o CPP prevê que, para a realização do julgamento, é necessária a presença obrigatória do acusado e de seu defensor, como requisito para a instalação da respectiva audiência.[130] Cabe mencionar que, se o julgamento oral se prolongar em sessões sucessivas e o acusado já tiver prestado seu depoimento ou recorrido ao direito ao silêncio e deixar de comparecer às sessões seguintes, a audiência continuará sem sua presença e será representado por seu defensor.[131]

Depois do debate no julgamento oral, o juiz de julgamento pode ditar ou ler a sentença diante dos que comparecerem[132] visto que, de acordo com as leis peruanas, o princípio de não ser condenado à revelia não significa que a leitura da sentença deva ser realizada necessariamente com a presença do sentenciado.[133] Nesse sentido, a sessão da leitura de sentença não requer necessariamente a presença do acusado, mas sim do seu defensor.

Com relação ao tema, a jurisprudência sustenta que o princípio de não ser condenado à revelia também garante que o acusado esteja presente no ato da leitura de uma sentença condenatória, "mas esse direito não pode ser entendido em termos absolutos, ao extremo de que o acusado possa frustrar indeterminadamente a leitura, valendo-se, para isso, da realização de atos graves cada vez que se programar o referido ato processual" (*tradução nossa*).[134]

No exercício desse direito, os defensores entrevistados indicaram que uma má prática no sistema processual inquisitivo é a não apresentação do acusado na leitura da sentença, o que impossibilita sua execução. Por isso, com o CPP, os defensores apoiam

129 Conforme a Constituição Política do Peru, art. 139, inc. 12.

130 Conforme o CPP, arts. 356 e 369, inc. 1º.

131 Conforme o CPP, art. 359, inc. 4º, somente se a presença do processado for necessária para praticar algum ato processual será conduzido compulsoriamente e também deverá comparecer quando se produzir a ampliação da acusação.

132 Conforme o CPP, art. 396.

133 Corte Superior de Huaura, Processo 01145-2010-0-1302 de 24 de janeiro de 2011.

134 Processo 003-2005-PI/TC, Sentença de 9 de agosto de 2006. Essa sentença também indica que o direito a não ser condenado à revelia garante, em sua face negativa, que um acusado não possa ser penalizado sem que antes não tenha sido permitido a ele conhecer e refutar as acusações que pesam contra si, bem como que não seja excluído do processo arbitrariamente. Em sua face positiva, o direito a não ser condenado à revelia impõe às autoridades judiciais o dever de fazer com que o acusado saiba da existência do processo, bem como o de citar o acusado para todos os atos processuais em que for necessária sua presença física.

a nova norma quanto à possibilidade de proferir a sentença sem a presença do acusado. Vale destacar que, para sentenciar na sua ausência, os juízes exigem que o acusado tenha estado presente na instalação do julgamento oral, que o procurador lhe tenha informado oralmente as acusações que o incriminam, que tenha tido a oportunidade de defender-se e que tenha sido assistido por um defensor em toda a audiência ou os debates orais.[135]

3.3.3 Direito à presunção de inocência

A respeito desse direito, a Constituição Política assegura que toda pessoa deve ser considerada inocente enquanto sua responsabilidade não tiver sido declarada judicialmente.[136] Isto é, toda pessoa acusada de haver cometido um ato punível é considerada inocente[137] e deve ser tratada como tal enquanto não se demonstrar o contrário e for declarada sua culpabilidade mediante sentença transitada em julgado e devidamente motivada. Para esses efeitos, requer-se uma atividade probatória suficiente de acusação, obtida e analisada com as devidas garantias processuais.[138]

Para garantir o direito à presunção de inocência, o CPP dispõe que, até a sentença transitar em julgado, nenhum funcionário ou autoridade pública pode apresentar uma pessoa como culpada.[139] Além disso, está proibida a publicação dos atos processuais realizados quando está sendo desenvolvida a investigação preparatória ou a etapa intermediária;[140] isso se relaciona com o caráter reservado da investigação já que só as partes processuais podem ter conhecimento de seu conteúdo.[141]

A respeito disso, a jurisprudência sustenta que o acusado não tem que provar sua inocência, de modo que sua inatividade jamais pode ser usada contra si.

135 É importante mencionar que, no Peru, existem iniciativas para o julgamento virtual, especificamente para a fase do julgamento oral. A respeito disso, sustenta-se que essa possibilidade é adequada contanto que não se descumpram os direitos dos acusados e que os juízes garantam a imparcialidade. Hurtado Poma, 2013.

136 Conforme indica a Constituição Política do Peru, art. 2º, inc. 24.e.

137 O CPP, art. 8º, inc. 2º, regulamenta a legitimidade da prova, estabelecendo que carecem de efeito legal as provas obtidas, direta ou indiretamente, com violação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais da pessoa.

138 Conforme o CPP, art. 2º, inc. 1º do Título Preliminar.

139 Conforme o CPP, art. 2º, inc. 2º do Título Preliminar.

140 Conforme o CPP, art. 139, inc. 1º.

141 Conforme o CPP, art. 324, inc. 1º. Esse artigo indica que, quando os sujeitos processuais e demais participantes dos atos processuais infringirem essa proibição, o procurador ou o juiz, conforme o caso, podem impor-lhes uma multa e ordenar, se possível, o cessar que cesse a publicação indevida.

É ao Ministério Público que deve provar os elementos constitutivos do delito e da culpabilidade do acusado, isto é, o procurador deve reunir provas suficientes e necessárias para derrubar a presunção de inocência. Contudo, o exercício dessa atividade probatória deve seguir com os valores de pertinência, utilidade, oportunidade e licitude.[142]

Além disso, a jurisprudência reconhece que o direito à presunção de inocência é uma garantia que tem como objetivo possibilitar o adequado exercício do direito da defesa, elemento básico para garantir o devido processo, e o princípio de paridade de armas, que deve existir em todo o processo judicial. Desse modo, "as práticas que consistam em exibir os acusados nos meios de comunicação envolvem uma estigmatização pública, o que viola o direito à presunção de inocência" (*tradução nossa*).[143]

Quanto à aplicação desse direito, observa-se que é usual que as autoridades policiais apresentem os suspeitos de cometerem um delito nos meios de comunicação para que estes emitam informação acompanhada de julgamentos de valor sobre a sua suposta culpabilidade. Essa prática não conta com uma autorização judicial, mas está apoiada pelo Decreto Supremo 005-2012-JUS,[144] que permite a apresentação pública das pessoas presas por qualquer delito.[145]

3.3.4 Direito a permanecer em silêncio

As leis peruanas garantem que o acusado tem direito a abster-se de depor desde o início das primeiras diligências de investigação até o encerramento do processo, e que, de maneira imediata e compreensível, deve ser comunicado a ele sobre esse direito.[146] Assim, durante as instruções preliminares e antes de começar o

142 Processo 00655-2010-PHC/TC.

143 Processo 06817-2008-AA/TC, Sentença de 4 de setembro de 2009.

144 Publicado em 23 de fevereiro de 2012. Esse decreto revoga o Decreto Supremo 01-95-JUS, que proibia a apresentação pública por parte da autoridade policial das pessoas presas por qualquer delito, excetuando os membros de grupos terroristas. A justificativa da revogação do decreto mencionado se deve à luta contra a criminalidade, organizada no marco de um Estado social e democrático de direito, exige necessariamente a adoção de medidas concretas destinas a enfrentar da maneira mais efetiva possível os responsáveis pelos diversos atos ilícitos que afetam a estabilidade socioeconômica e que enfraquecem as bases da ordem jurídico-social. Também acrescenta que, no exercício legítimo dessa atribuição, as agências de controle da criminalidade demandam mecanismos que permitam combater eficazmente o delito e o crime organizado, sempre com respeito às garantias e direitos fundamentais próprios de um Estado democrático de direito.

145 Esse direito é inconstitucional, por ser uma estrita violação da presunção de inocência, além de violar o Código Processual Penal.

146 Conforme o CPP, art. 71, inc. 2º.d.

depoimento, o acusado deve ser informado sobre o direito a não depor e que sua decisão não pode ser utilizada contra si.[147]

Sobre o tema, a jurisprudência reconhece que o direito a depor e o direito a permanecer em silêncio fundamentam-se na dignidade da pessoa e constituem elementos do direito à presunção de inocência e do devido processo. Nesse sentido,

> [o] direito a permanecer em silêncio inclui o direito a estar informado de que a negativa a depor não pode ser tomada como um indício de culpabilidade. É por isso que, para os efeitos de que esse direito não sofra um dano que possa ser qualificado como arbitrário, o Estado está proibido de exercer violência psíquica ou física sobre o indiciado ou acusado e executar métodos enganosos ou de natureza análoga que possam estar destinados a obter involuntariamente informação sobre os fatos pelos quais se investiga ou acusa uma pessoa em um processo.[148]

Na prática, observa-se que, durante as diligências preliminares, em alguns casos, os policiais e procuradores não garantem esse direito, pois no curso da detenção — quando o policial tem o dever de realizar a leitura da carta de direitos, que inclui o direito de abster-se a depor—, não informam ao indiciado sobre seu direito a permanecer em silêncio e, mesmo quando é levado à delegacia, o procurador não verifica nem assegura seu cumprimento. A situação contrária acontece durante as audiências, já que o juiz sim garante esse direito.

3.3.5 Direito às decisões motivadas

A Constituição Política reconhece o direito de todos os usuários do sistema de justiça à devida motivação escrita das decisões judiciais.[149] O CPP dispõe que estas últimas devem ser fundamentadas e motivadas, bem como indica que um requisito da sentença é a "motivação clara, lógica e completa" de cada um dos fatos e das circunstâncias que se dão por provadas ou não; além disso, o CPP contempla que a sentença deve conter a valoração da prova, com precisão do raciocínio que a justifica.[150]

No tocante ao tema, a jurisprudência tem desenvolvido os alcances do direito a uma decisão razoável, ao indicar que o direito à devida motivação das decisões judiciais "é uma garantia do litigante perante a arbitrariedade judicial e garante que as decisões

147 Conforme o CPP, art. 87, inc. 2º.

148 Processo 00926-2007-PA/TC, Sentença de 3 de novembro de 2009.

149 Conforme estabelece a Constituição Política do Peru art. 139, inc. 5º.

150 Conforme o CPP, art. 394, inc. 3º.

judiciais não se justifiquem no mero capricho dos magistrados, mas sim em elementos objetivos do ordenamento jurídico ou que derivem do caso" (*tradução nossa*).[151]

No âmbito da aplicação do CPP, nos primeiros anos, surgiram alguns problemas práticos entre os que consideram que as decisões proferidas verbalmente nas audiências, embora registradas em áudio, violavam o direito à devida motivação escrita das decisões, contra os que indicavam que o novo modelo acusatório privilegia a oralidade e, consequentemente, as decisões devem ser preferencialmente orais. Diante desse problema de operabilidade entre os que faziam uma interpretação literal do CPP e os que tinham uma interpretação constitucional, o Tribunal Constitucional apoiou a boa prática da oralidade ao considerar que "não se viola a motivação das decisões judiciais se se tiver cumprido com motivar a resolução de forma razoável e suficiente" (*tradução nossa*).[152]

Nessa mesma linha, o Acordo Plenário 6–2011/CJ–116 aborda a motivação escrita das decisões judiciais e o princípio de oralidade, e apoia o novo modelo acusatório ao determinar que a interpretação da norma constitucional não pode ser meramente formal, porque, se assim fosse, se oporia ao princípio de oralidade e à lógica da acusação que faz das audiências o eixo central de seu desenvolvimento e expressão processual.[153] Isso quer dizer que, na medida em que o juiz emite uma decisão e explica seus fundamentos dentro dos parâmetros da lógica racional e da legalidade, está cumprindo com o direito à motivação das decisões.

É importante reconhecer que as audiências introduzidas pelo CPP para a fase prévia ao julgamento e para o próprio julgamento oral promovem o exercício prático do direito às decisões motivadas uma vez que as audiências judiciais constituem um contexto de publicidade, oralidade e transparência dos argumentos expostos pelas partes e pelos juízes.

3.3.6 Direito a recorrer das sentenças

O acusado tem direito a recorrer da sentença em sua totalidade ou em parte. Esse direito está amparado pela Constituição Política, que o contempla como o direito à

151 Processo 01873-2011-PA/TC, Sentença de 8 de março de 2012.

152 Processo 02937-2009-PHC/TC, de 25 de setembro de 2009. Além disso, essa sentença valida as conclusões do Pleno Jurisdicional Regional sobre o CPP, de 4 de julho de 2009.

153 VII Pleno Jurisdicional das Salas Penais Permanente e Transitória. Suprema Corte de Justiça da República do Peru, de 6 de dezembro de 2011.

pluralidade de instâncias.[154] De acordo com o CPP, o acusado pode exercer o direito ao recurso por meio do recurso de apelação contra a sentença de primeira instância,[155] o qual tem efeito suspensivo;[156] contudo, se se tratar de uma sentença que impõe uma pena privativa de liberdade efetiva, a apelação será executada provisoriamente.[157]

Além disso, o CPP prevê que, quando se recorre da sentença condenatória ou absolutória, somente são admissíveis provas que não foram oferecidas em primeira instância por desconhecimento de sua existência, que tenham sido indevidamente rejeitadas, sempre que se tiver formulado em seu momento a oportuna reserva, e as provas admitidas que não foram analisadas por razões não imputáveis ao sentenciado.[158] Nesse sentido, é possível declarar a nulidade, em todo ou em parte, da sentença apelada ou confirmá-la ou reformá-la.[159]

Nesse tema, a jurisprudência estabelece que o direito ao recurso de apelação é uma garantia inerente ao devido processo jurisdicional e que, mediante ele,

> [b]usca-se que o decidido por um juiz de primeira instância possa ser revisado por um órgão superior e, dessa maneira, permitir que o decidido por aquele seja, ao menos, objeto de um duplo pronunciamento jurisdicional. A exigência constitucional de estabelecer-se funcional e organicamente uma dupla instância de resolução de conflitos jurisdicionais está diretamente ligada ao alcance que o pronunciamento da última instância legalmente estabelecida é capaz de adquirir: a imutabilidade da coisa julgada.[160]

Quanto ao exercício prático desse direito, existem apreciações distintas por parte dos operadores entrevistados acerca da possibilidade de sancionar a pessoa absolvida em primeira instância.[161] Assim, por exemplo, a Câmara Criminal de Apelações de

154 Conforme a Constituição Política do Peru, art. 139, inc. 5º.

155 Conforme estabelece o CPP, art. 401. Nesse contexto, o juiz, após concluir a leitura da sentença, pergunta à defesa se irá interpor o recurso de apelação ou se reserva a decisão de impugnação. Se o defensor decidir interpor o recurso de forma oral, tem um prazo de cinco dias para formalizar o pedido perante a Câmara Criminal Superior.

156 Conforme o CPP, art. 418.

157 No entanto, não se executará quando a pena for uma multa ou uma pena restritiva de direitos. Além disso, se o condenado está em liberdade e impõe-se pena ou medida privativa de liberdade efetiva, o juiz, segundo a natureza ou gravidade do delito e o perigo de fuga, pode optar por imediatamente a execução ou impor algumas restrições, conforme o CPP, art. 402.

158 Conforme o CPP, art. 422.

159 Conforme o CPP, art. 425.

160 Processo 4235-2010-PHC/TC, Sentença de 11 de agosto de 2011.

161 É um tema atualmente em discussão e foi debatido no VI Pleno Jurisdicional da Suprema Corte da República, que não chegou a um acordo.

Arequipa, no processo 2008-12172,[162] declarou inaplicável parte do artigo 425.3.b do CPP e estabeleceu que "se a sentença de primeira instância for absolutória, pode ser proferida sentença condenatória impondo as sanções e a reparação civil cabíveis" (*tradução nossa*); isso em razão de existir colisão com o direito à instância plural. No entanto, quando o mesmo processo foi elevado em consulta à Câmara Constitucional e Social Permanente da Suprema Corte de Justiça,[163] desaprovou-se a decisão ao considerar que a instância plural estaria garantida por meio do recurso extraordinário da cassação penal.[164]

3.4 Direitos relacionados a uma defesa efetiva

3.4.1 O direito a investigar o caso

As leis peruanas reconhecem que o defensor pode intervir em plena paridade de armas na atividade probatória[165] e, consequentemente, tem direito a oferecer os meios de investigação e de prova que considerar pertinentes.[166] Nesse contexto, há base normativa para que o defensor, público ou particular, recorra à assistência de um especialista em ciência, técnica ou arte durante o desenvolvimento de alguma diligência.[167] De fato, o defensor tem direito à designação de um perito independente, que ocorrerá até o quinto dia do recebimento pelo juiz da notificação da nomeação do perito. Vale destacar que o perito independente pode acompanhar as atividades

162 Sentença de 22 de junho de 2010. Resumo do caso: o colegiado de primeira instância absolveu o réu das acusações apresentadas contra ele ao considerar que não se conseguiu afastar a presunção de inocência por insuficiência probatória. O Ministério Público interpôs recurso de apelação, no qual solicitava a reforma da referida decisão e oferecia como meio de prova a declaração da vítima que foi emitida em primeira instância, mas que não foi analisada por causa não imputável a ela. A Câmara Criminal Superior resolveu declarar, via controle difuso, inaplicável a norma que regulamenta a condenação do absolvido, assim como a nulidade da sentença e do julgamento oral de primeira instância, dispondo a realização de novo julgamento oral.

163 Consulta 2491-2010, emitida em 14 de setembro de 2010.

164 A Câmara Criminal de Apelações de Arequipa estabeleceu que não é suficiente a existência de um recurso de cassação cuja natureza e finalidade processual é diferente do recurso de apelação visto que é um recurso extraordinário. A cassação não é instância; em consequência, não podem ser revisados os fatos nem muito menos serem abertas ou adicionadas provas como acontece no recurso de apelação. O recurso de cassação é aquele meio impugnatório vertical e extraordinário procedente em suposições estritamente determinadas por lei (o artigo 429 do CPP estabelece as causas para interpor recurso de cassação em matéria penal).

165 Conforme o CPP, art. 9º do Título Preliminar.

166 Conforme o CPP, art. 84, inc. 5º.

167 Conforme o CPP, art. 84, inc. 3º.

periciais do perito oficial, fazer observações e deixar registros sobre a técnica utilizada a partir de sua experiência.[168]

No exercício prático desse direito, observam-se as limitações para seu desenvolvimento, tanto no âmbito da defesa particular quanto no da pública. O desenho de uma teoria do caso alternativa à apresentada pelo Ministério Público constitui ainda um desafio para os defensores públicos e particulares. Ainda, a possibilidade de contar com especialistas em outras disciplinas não é uma prática cotidiana, principalmente pelos custos que isso envolve. Observa-se que um grupo minoritário de advogados particulares conta com especialistas desde o início de seu trabalho. No caso dos defensores públicos, o direito a contar com especialistas de apoio não é exercido visto que a instituição não conta com orçamento para contratá-los. De acordo com as entrevistas realizadas, em algumas situações, quem assume os gastos com um perito é o próprio acusado ou seus familiares, se suas possibilidades econômicas o permitirem.

3.4.2 Direito a contar com tempo e meios adequados para preparar a defesa

A legislação peruana estabelece que toda pessoa tem direito a que lhe seja concedido um tempo razoável para que prepare sua defesa[169] e, embora não exista nenhuma indicação expressa a respeito do direito a contar com meios adequados para essa preparação, a jurisprudência tem se pronunciado sobre o tema ao indicar que "é um direito fundamental do acusado contar com o tempo e os meios adequados para organizar sua defesa ou desenhar sua estratégia" (*tradução nossa*).[170]

Quanto ao exercício prático desse direito, alguns advogados particulares têm a má prática de não comparecer às audiências com o propósito de dilatar o processo judicial. Nesses casos, os juízes nomeiam um defensor público para poder continuar com o processo penal. No entanto, quando este comparece na respectiva audiência ou diligência, acaba tomando conhecimento do caso naquele momento e, portanto, solicita um tempo razoável para preparar sua estratégia de defesa. Contudo, alguns juízes oferecem-lhe um tempo muito limitado, que é insuficiente para elaborá-la adequadamente. De acordo com as entrevistas realizadas, os defensores consideram que o tempo que requerem para analisar o caso e desenhar sua estratégia de defesa

168 Conforme o CPP, art. 177.

169 Conforme o CPP, art. 9º do Título Preliminar.

170 Cassação 159-2011, Sentença de 22 de maio de 2012.

varia em função das características do caso e do tipo de audiência da qual devem participar. Além disso, os defensores entrevistados indicaram que um tempo curto é, por exemplo, inferior a uma hora nas audiências de prisão preventiva.

3.4.3 Direito à paridade de armas na avaliação de testemunhas

As leis peruanas estabelecem que o defensor tem direito a interrogar diretamente seu assistido, bem como os demais acusados, testemunhas e peritos em qualquer uma das etapas processuais.[171]

Sobre esse ponto, a jurisprudência determina que "o direito a interrogar testemunhas constitui um elemento essencial do direito à prova, o mesmo que está contido implicitamente no direito ao devido processo, reconhecido no artigo 139.3 da Constituição" (*tradução nossa*).[172]

O exercício prático desse direito ocorre sem maiores limitações nas fases processuais correspondentes. Por exemplo, durante a investigação preliminar, quando o procurador pretende interrogar as testemunhas, notifica os defensores para sua intervenção no interrogatório e, caso o defensor não seja notificado o defensor para sua respectiva presença, este pode solicitar informações adicionais ao depoimento ou interpor uma ação de tutela de direitos para que o depoimento não faça parte do acervo probatório do processo.[173]

3.4.4 Direito a contar com serviços de interpretação e tradução de documentos sem custo

A Constituição Política estabelece que todo peruano tem direito a usar seu próprio idioma perante uma autoridade por meio de um intérprete; além disso, os estrangeiros têm esse mesmo direito quando são intimados pelas autoridades.[174] Quando uma pessoa não compreende o idioma, deve ser oferecido a ela um tradutor ou intérprete já que os atos processuais realizam-se no idioma castelhano.[175]

171 Conforme o CPP, art. 84, inc. 2º.

172 Processo 1808-2003-HC/TC, Sentença de 14 de agosto de 2003.

173 Para ver o conceito da tutela de direitos, ver nota de rodapé n. 22.

174 Conforme a Constituição Política do Peru, art. 2º, inc. 19.

175 Conforme o CPP, arts. 114 e 115.

A respeito disso, a jurisprudência indica que o exercício do direito de defesa não é possível se ao acusado não for designado um tradutor ou intérprete já que esse direito "é uma garantia mínima do acusado para o respeito ao seu direito ao devido processo e à sua identidade cultural, consequentemente, para sua validade, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos indicou: '[...] carece de valor todo depoimento colhido de uma pessoa que não compreenda ou não fale adequadamente o idioma'" (*tradução nossa*).[176]

Sobre o exercício prático desse direito, na seção 5, serão analisados os direitos dos povos indígenas. A seguir, analisa-se o direito a contar com serviços de interpretação para as pessoas estrangeiras.

Quando uma pessoa estrangeira é detida —como acontece, por exemplo, no estado judicial de Cusco, que é altamente turístico—, é levada imediatamente à Polícia de Turismo,[177] unidade que conta com equipe capacitada com conhecimentos básicos de idiomas como inglês, japonês e francês, o que permite informar o suspeito sobre as acusações. Essa possibilidade não existe em todo o país e, ainda em Cusco, os defensores indicaram que nem sempre há a informação adequada no idioma estrangeiro, e se cumpre a formalidade de assinar a ata da carta de direitos, a qual somente está redigida em espanhol.

Tomando como exemplo o estado de Cusco, o detido é entrevistado por um procurador da Procuradoria Especializada em Turismo,[178] unidade que conta com equipe capacitada em idiomas, principalmente inglês, o qual é entendido pela maioria dos turistas. Se o detido falar um idioma desconhecido pelo procurador, recorre-se à embaixada respectiva; embora não costumem fornecer intérpretes, colaboram para contatar intérpretes de confiança, como professores de idioma ou universitários. Nesses casos, os custos do intérprete são pagos pelo Ministério Público.

Quando os indiciados são estrangeiros, os defensores têm dificuldades durante o interrogatório policial visto que não é usual que os advogados particulares falem

176 Processo 4719-2007-PHC/TC, Sentença de 3 de outubro de 2007.

177 Por meio do Decreto Supremo 017-74-IN, de 13 de junho de 1993, foram criadas as unidades de turismo. A Polícia de Turismo tem como missão apresentar, organizar, dirigir, executar, coordenar, controlar e supervisar as atividades policiais relacionadas ao turismo e a proteção do meio ambiente no país, bem como investigar e denunciar os delitos e as faltas que se cometerem nessa área, garantir a segurança e a proteção dos turistas e seus bens, além da proteção do patrimônio histórico-cultural, natural, turístico e ecológico nacional.

178 Por meio da Resolução da Comissão Executiva do Ministério Público 667-98-MP-CEMP, de 8 de outubro de 1998, com base na Lei 26.961 "Lei para o desenvolvimento da atividade turística" e do crescimento turístico, criou e implementou-se, a partir de 15 de outubro de 1998, a Procuradoria Estadual de Turismo de Cusco, estado judicial de Cusco.

fluentemente inglês ou outro idioma. A defesa pública também não conta com defensores capacitados em idiomas. Os operadores entrevistados indicaram que, às vezes, o policial e o procurador compreende o idioma estrangeiro, mas não o defensor, razão pela qual solicita um intérprete como parte da garantia para efetivar o direito à defesa; diante disso, o Ministério Público oferece os serviços de um intérprete.

Quanto aos atos processuais realizados no julgamento, é preciso mencionar que o juiz de investigação preparatória ou de julgamento, conforme o caso, requer os serviços de um intérprete ou tradutor para as audiências. Nesses casos, o Poder Judiciário assume o pagamento dos serviços desse profissional. Vale destacar que existem algumas dificuldades de acesso a intérpretes em regiões afastadas, especialmente nas regiões andina e amazônica do país, que serão abordadas mais adiante.

4. A cultura profissional dos defensores

O CPP consiste em uma mudança substancial na justiça peruana ao contemplar novos papéis dos atores no processo penal, entre eles, o dos defensores. Dois elementos-chave do novo processo penal são a oralidade e a transparência, razão pela qual o modelo acusatório é muito mais exigente com a qualidade profissional dos atores. Nesse contexto, o exercício de uma defesa criminal eficaz sob o CPP é um desafio crucial para os defensores. De acordo com as entrevistas realizadas, os advogados particulares têm tido mais dificuldade para se adaptar ao novo modelo processual visto que sua cultura profissional está fortemente enraizada na linguagem escrita. Já os defensores públicos, segundo a opinião dos operadores, vêm tendo uma melhor capacidade de adaptação, o que é atribuído às formações que têm recebido para atuar no novo processo penal.

Para garantir uma defesa adequada e efetiva, desde 2011, a defensoria pública conta com mecanismos de controle e supervisão orientados a medir, por meio de indicadores, a eficiência, efetividade, cobertura e qualidade dos defensores públicos. Essa supervisão e avaliação são realizadas por equipe especializada[179], duas vezes por

179 A Defensoria Pública conta com um advogado responsável pelo controle e supervisão da área criminal que realiza, entre outras funções, as seguintes: (i) supervisionar, avaliar e informar os trabalhos que os defensores públicos efetuam no patrocínio de seus casos e/ou no assessoramento, verificando que tenha sido oferecida assistência técnica jurídica oportuna e eficiente; (ii) supervisionar de forma virtual a entrada e seguimento dos casos assumidos pelos defensores públicos da área criminal no país, emitindo o respectivo relatório; (iii) propor ao coordenador geral da área criminal as diretrizes de controle e supervisão dos diretores estaduais, coordenadores estaduais e defensores públicos da Defensoria Pública sobre os papéis para a prestação do serviço do turno permanente, diligências, audiências e a devida designação ou distribuição de casos vinculados ao serviço da defesa pública;

ano, em todo o país. Supervisiona-se o *desempenho estratégico* dos defensores, e para isso se aplica um formulário em que se verifica seu conhecimento do caso, a estratégia de defesa e o controle dos prazos; também se verifica o *desempenho operacional* dos defensores públicos por meio do respeito aos direitos do acusado. Além disso, os supervisores visitam os tribunais para avaliar o *desempenho dos defensores públicos no processo*, com base na fundamentação da audiência, no esgotamento dos meios de defesa e nas habilidades de litigância.[180]

Quadro 4

Eixos do controle e da supervisão do desempenho dos defensores púbicos[181]

	Desempenho estratégico
	Diretriz 1: Conhecimento do caso
a.	Conta com cópia do inquérito policial.
b.	Conversou reservadamente com o assistido.
c.	Revisou jurisprudência e/ou doutrina pertinente.
d.	Dispõe de um documento relativo à teoria do caso que: - contém resumo do caso; - elenca elementos probatórios.
	Diretriz 2: Estratégia de defesa
-	Baseada na teoria do caso do defensor.
-	Baseada na solicitação do usuário.
	Diretriz 3: Controle adequado dos prazos
-	Investigação preliminar.
-	Investigação preparatória.
-	Mantém um registro ou agenda de controle de prazos
	Desempenho operacional
	Diretriz 1: Garante direitos do usuário

(iv) supervisionar *in situ* a defesa técnica legal que os defensores públicos realizam a favor de seus assistidos para poder verificar seu desenvolvimento em audiência.

180 Conforme o formulário de supervisão geral do CPP da DGDFAJ.

181 É importante ressaltar que a aplicação do formulário de supervisão está baseada no cumprimento ou não da atividade. Na opinião de alguns defensores, essa forma de aplicar as ferramentas de supervisão não permite medir o nível de cumprimento ou efetividade de cada atividade.

a.	Direitos do acusado/infrator
-	Interroga em investigação preliminar.
-	Interroga em investigação preparatória.
-	Participa de audiência de esclarecimento de fatos.
-	Solicita remissão.
-	Solicita e participa de audiência de controle de prazo.
-	Interpõe ações de garantia (tutela, habeas corpus e outros).
-	Participa de audiência de prisão preventiva.
-	Solicita revogação de medida cautelar processual.
-	Participa de acareação.
-	Oferece provas.
-	Solicita meios técnicos de defesa (excep./questões).
-	Expõe seus argumentos sobre a acusação formulada pelo procurador.
-	Solicita e participa de audiência de controle de descumprimento
-	Participa de audiência de controle de acusação.
-	Solicita e participa de audiência de alternativas penais.
-	Efetuou alegações preliminares.
-	Solicita julgamento abreviado.
-	Realizou interrogatório e contrainterrogatório.
-	Questionou testemunhas e peritos.
-	Realizou oralização de documentos.
-	Efetuou alegações de encerramento.
-	Participa da leitura de sentença.
-	Apresenta recursos impugnatórios.
-	Solicita cassação e/ou revisão.
-	Conserva áudio, vídeo ou transcrições de audiência.
b.	Direitos do sentenciado
-	Solicita cópias certificadas.
-	Solicita registro de condenação.

-	Apresenta remessas judiciais.
-	Solicita reformulação de penas.
-	Solicita adequação de penas.
-	Solicita comutação de pena.
-	Solicita reabilitação.
-	Solicita graça, indulto etc.
-	Solicita benefícios de execução.
-	Participa de audiência sobre benefícios penitenciários (B.P.)
-	Apresenta recursos de impugnação.
-	Fundamenta recurso de impugnação de B.P.
-	Solicita devolução de documentos.
-	Solicitou transferência de condenados estrangeiros.
Desempenho no processo	
Diretriz 1: Desenvolvimento no processo	
a.	Investigação preliminar.
b.	Investigação preparatória.
c.	Etapa intermediária.
d.	Julgamento
-	Fundamentação em audiência.
-	Esgotamento dos meios de defesa.
-	Habilidades de litigância.

Fonte: Adaptado do formulário de supervisão da DGDPAJ.

Os parâmetros acima descritos pretendem garantir padrões mínimos do serviço que a DGDPAJ oferece aos usuários por meio dos defensores públicos. De acordo com as entrevistas realizadas, os resultados obtidos permitem medir a qualidade do desempenho dos defensores e identificar seus pontos fortes e debilidades. Esses indicadores também servem para que a instituição implemente aperfeiçoamentos orientados a superar as deficiências dos defensores públicos e, consequentemente, melhorar a proteção dos direitos dos acusados.[182]

182 Nesse sentido, para efetivar o direito à defesa criminal, em 2014, iniciou-se um projeto de

Além disso, a DGDPAJ executa o projeto "Desenho do perfil por competências e um sistema de avaliação por desempenho de defensores públicos, conciliadores e procuradores para o fortalecimento de suas competências",[183] que concluiu que o defensor público criminal cumpriu com suas funções em 83,7% dos casos; desenvolveu suas competências em 78,2%; possuía conhecimentos para desempenhar sua função em 80,1% e dominava habilidades técnicas do seu ofício em 41,2%, o que evidencia um nível de desempenho equivalente a 76,8%, correspondente a um nível avançado de realização.[184]

Como se observa, a Defensoria Pública está implementando mecanismos para o controle, a supervisão e a avaliação dos defensores públicos a fim de identificar espaços para melhorar a qualidade de seus serviços. Contudo, os advogados particulares não contam com esses mecanismos, isto é, não estão sujeitos a um sistema de supervisão e avaliação da qualidade de seus serviços.

Cabe destacar que, em 2012, foi implementada a iniciativa *Registro Nacional de Advogados do Peru* (RENAB) para melhorar a eficiência dos advogados particulares e a transparência de sua informação profissional;[185] no entanto, ainda não se conhecem os resultados concretos dessa iniciativa. Atualmente, a única forma de medir a qualidade dos advogados particulares é a partir do prestígio, da experiência e dos casos que ganharam e que podem divulgar, o que também está associado com o pagamento de seus serviços, embora este último nem sempre garanta seu bom desempenho.

elaboração de protocolos de atendimento a mulheres estrangeiras e a jovens de 18 a 24 anos privadas de sua liberdade. Até outubro do mesmo ano, contava-se com uma versão resumida, que incluía as etapas da defesa pública desde a detenção policial até a fase de execução da condenação (DGDPAJ, 2014).

183 Esse projeto foi desenvolvido em 2012 com o apoio do Projeto de Melhoramento do Serviço de Justiça e obteve o reconhecimento como Boa Prática em Gestão Pública de 2013, na categoria Sistema de Gestão Interna. Essa distinção foi outorgada pela organização CAD, que, ano após ano, organiza esse tipo de premiação para reconhecer os esforços da administração pública para melhorar o serviço ao cidadão.

184 Resultados em função da avaliação de 824 defensores públicos criminais.

185 Essa iniciativa foi implementada pelo Projeto de Melhoramento dos Serviços de Justiça do Banco Mundial em outubro de 2012. Por meio desse sistema, os defensores podem informar seus dados de contato, experiência profissional e formação acadêmica, o que lhes permita manter uma aproximação mais direta com o público que procura por seus serviços e melhorar, dessa maneira, a oferta de serviços legais no país. Mais informações sobre o projeto, acessar: http://www.conab.org/.

5. Direito dos povos indígenas

O Peru é um país pluricultural e com uma ampla diversidade étnica. Essas características estão reconhecidas na Constituição Política que estabelece: "Ninguém deve ser discriminado por motivo de origem, raça, sexo, idioma, religião, opinião, condição econômica ou de qualquer outra índole" (*tradução nossa*)[186] e "[t]odo peruano tem direito a usar seu próprio idioma perante qualquer autoridade por meio de um intérprete" (*tradução nossa*).[187]

Na região andina peruana, parte da população fala quéchua e, na região amazônica, há populações que falam as línguas originárias.[188] Nesse contexto, o CPP dispõe que, se uma pessoas presa não falar espanhol ou se em uma audiência judicial o acusado falar um idioma nativo, então deve ser oferecido a ele um tradutor ou um intérprete.[189] Além disso, um aspecto novo do CPP refere-se à incorporação do inciso 3º do artigo 18, o qual indica que a justiça criminal ordinária não é competente para conhecer os fatos puníveis resolvidos pela *jurisdição especial ou comunitária.*[190] Isso quer dizer que, legalmente, se reconhece que, além do Poder Judiciário, a justiça comunitária também pode resolver os conflitos penais em seus respectivos territórios.[191]

Na prática, em alguns estados judiciais das regiões andinas e amazônicas, o idioma nativo é ensinado obrigatoriamente em todos os níveis e modalidades da educação,[192] por isso não se requer um intérprete visto que os policiais, procuradores, defensores e juízes conhecem o idioma. No caso da Defensoria Pública, se os candidatos não pertencerem à região, parte dos requisitos para sua candidatura é ter conhecimentos básicos do idioma nativo. Além disso, para o atendimento e orientação legal da população das comunidades nativas os defensores públicos, os juízes e os

186 Conforme estabelece a Constituição Política, art. 2º, inc. 2º.

187 Conforme a Constituição Política, art. 2º, inc. 19.

188 Para mais detalhes, ver a nota de rodapé n. 5.

189 Conforme o CPP, arts. 114 e 115.

190 O artigo 149 da Constituição Política estabelece que as autoridades das comunidades camponesas e nativas, com o apoio das patrulhas camponesas, podem exercer as funções jurisdicionais dentro de seu território em conformidade com o direito consuetudinário, contanto que não violem os direitos fundamentais da pessoa. A lei estabelece as formas de coordenação dessa jurisdição especial com os tribunais de paz e com as demais instâncias do Poder Judiciário.

191 Essa atribuição do Estado implica que sempre sejam respeitados os direitos humanos; além disso, nos casos criminais, os acusados devem ser encaminhados à autoridade policial, judicial ou ao Ministério Público mais próximo. No entanto, no país, apresentam-se casos de abusos físicos cometidos pelos membros de algumas patrulhas que, inclusive, têm causado a morte de acusados.

192 Um exemplo é a Ordenança Regional 025-2007-CRIGRC.CUSCO.

procuradores devem aplicar o Protocolo de Atendimento e Orientação Legal com enfoque intercultural.[193]

Por outro lado, nas entrevistas realizadas em Cusco, indicou-se que no centro histórico dessa cidade não se apresentam muitos casos em que o acusado fale um idioma nativo, mas isso acontece em outras províncias de Cusco. Os operadores indicaram que as dificuldades relacionadas com a tradução são evidenciadas principalmente nas audiências, já que não se conta com muitos intérpretes e a distância geográfica de algumas províncias limita o deslocamento a tempo. De acordo com as fontes consultadas, diante dessa situação, o juiz nomeia tradutores não oficiais para que participem das audiências, mas alguns deles não compreendem a linguagem jurídica, por isso a tradução nem sempre cumpre com os parâmetros de qualidade necessários.

É importante reconhecer que, em 2012, a Defensoria Pública criou a especialização em *questões indígenas* para oferecer, principalmente, atendimento às necessidades de defesa das comunidades nativas amazônicas.[194] Para serem defensores públicos especializados nessa matéria, exige-se que o defensor conheça a cultura, a geografia e as línguas nativas da respectiva região.

6. O compromisso político com a defesa criminal efetiva

Nos últimos 10 anos, o Poder Executivo tem realizado importantes esforços para fortalecer a defesa criminal efetiva no país. A melhor evidência disso é a vigência do CPP, norma que contempla vários mecanismos para viabilizar o exercício do direito à defesa em um nível prático. A implementação do CPP está associada ao fortalecimento institucional e orçamentário da defesa pública desde 2006. Como se explicou anteriormente, essa instituição tem ampliado a cobertura geográfica de seus serviços, tem um maior número de defensores públicos e, o mais importante, estes apresentam notáveis melhorias na qualidade de seu desempenho.

Contudo, paralelamente a esses esforços, também são observadas certas contradições no compromisso das autoridades políticas com a defesa criminal efetiva, que se traduzem essencialmente em modificações legislativas orientadas ao

193 *Programa para a Coesão Social na América Latina 2014.*

194 Resolução Diretorial 068-2012-JUS/DGPAJ.

fortalecimento da segurança cidadã por meio do aumento das penas, da criação de novos tipos penais e da redução ou eliminação dos benefícios na execução penal.

Essas modificações normativas têm sido uma constante nos últimos 30 anos; assim, observa-se que, entre 1991 e 2002, o Código Penal foi modificado 408 vezes, 73,5% para modificar as penas ou os delitos com o único objetivo de agravá-los, e 22% para incorporar novas formas delitivas.[195] Similar situação registra-se com o Código de Execução Penal, que no mesmo período foi modificado 28 vezes, 72% para restringir ou elevar os requisitos para obtenção de benefícios na execução da pena, 14% para incorporar maiores requisitos para esses benefícios, e 14% para revogar artigos.[196]

Contudo, essa tendência de modificar as normas penais com a justificativa do fortalecimento da segurança cidadã aguçou-se em 2013, quando o Governo promoveu um conjunto de leis,[197] entre as quais está a Lei 30.076, que modifica o artigo 84 do CPP referente aos direitos e deveres do defensor no processo penal. A nova norma estabelece que o defensor está proibido de recorrer ao uso de mecanismos dilatórios que interfiram no correto funcionamento da administração da justiça; no entanto, a lei não define o que são nem quais são esses mecanismos, o que pode gerar certos riscos para o exercício da defesa criminal.

Por outro lado, observa-se que atualmente no Peru nem o Poder Executivo nem o Poder Judiciário abordam a necessidade de uma profunda reforma integral do sistema de justiça, com o objetivo prioritário de melhorar a qualidade de vida e o desenvolvimento do país. Em 2013, registraram-se enfrentamentos entre as autoridades de ambos os poderes do Estado motivados por requerimentos orçamentários; contudo, não há uma agenda consensuada ou institucional que abranja os objetivos, as atividades e as metas no curto e médio prazo desses poderes, nem do Ministério Público para melhorar a administração da justiça criminal. No entanto, não restam dúvidas que há importantes iniciativas em cada uma dessas entidades; além disso, deve-se considerar que o CPP é somente uma ferramenta que deve ser inserida na implementação de uma política pública sólida e sustentável.

195 4,5% de modificações no Código Penal Peruano tiveram a finalidade de descriminalizar condutas. Conselho Nacional de Política Criminal, 2013.

196 Conselho Nacional de Política Criminal, 2013.

197 Em agosto de 2013, foi publicada a Lei 30.076 — Lei que modifica o Código Penal, Código Processual Penal, Código de Execução Penal e o Código das Crianças e Adolescentes, e cria registros e protocolos a fim de combater a insegurança cidadã; além disso, publicou-se a Lei 30.077 — Lei contra o crime organizado, que estabelece procedimentos e mecanismos para a identificação, investigação e sanção dos integrantes ou qualquer pessoa vinculada a organizações criminais.

7. Conclusões

Este capítulo analisa a situação da defesa criminal efetiva no Peru e aprofunda no respeito ao devido processo e à presunção de inocência no sistema de justiça peruano, sob a perspectiva dos direitos humanos e de um Estado democrático de direito. Apresenta informação qualitativa e quantitativa diversificada sobre a defesa criminal no país e estuda o cumprimento efetivo de um conjunto de direitos que correspondem a uma defesa criminal adequada, nos âmbitos normativo, jurisprudencial e, principalmente, na prática dos operadores.

A análise das leis, da jurisprudência e das práticas permite concluir que o sistema jurídico peruano apresenta importantes melhoras e conquistas nos últimos anos em matéria de defesa criminal, e que cumpre com determinados parâmetros de efetividade. Assim, no âmbito normativo, observa-se uma evolução positiva especialmente devido à implementação do CPP desde 2006, ferramenta que está contribuindo para o fortalecimento do respeito ao devido processo e à paridade de armas entre os procuradores e os defensores no processo penal.

Quanto ao âmbito jurisprudencial, este estudo mostra que existem decisões judiciais tanto do Tribunal Constitucional quanto dos tribunais penais que reafirmam a ampla gama de direitos reconhecidos pela Constituição Política do Peru, tais como: o direito do acusado a ser informado sobre as causas da detenção, o direito à presunção da inocência, o direito a permanecer em silêncio e outros direitos concernentes à defesa criminal. O reconhecimento desses direitos nas decisões jurisprudenciais está contribuindo para o cumprimento dos princípios e instituições jurídicas contemplados no CPP.

No que tange às práticas cotidianas dos operadores do sistema de justiça criminal, este estudo constatou que, com a aplicação do CPP, há um melhor desempenho dos juízes, procuradores, policiais e defensores, o que contribui para oferecer não só um serviço de justiça mais eficiente, ágil e transparente, mas também para salvaguardar a vigência e o respeito aos direitos fundamentais dos acusados no processo penal. A oralidade, a publicidade e o contraditório são os eixos centrais do novo processo penal e constituem importantes princípios que devem ser respeitados por todos os operadores.

Contudo, o sistema de justiça do Peru tem vários e importantes desafios para melhorar e fortalecer a defesa criminal efetiva, os quais se localizam especialmente no âmbito das práticas dos operadores. Esses desafios são relevantes em dois

sentidos: (i) na proteção dos direitos do acusado por parte do sistema de justiça criminal na sua totalidade e (ii) para garantir e consolidar uma defesa criminal de qualidade.

Os desafios para a proteção dos direitos dos acusados por parte do sistema de justiça criminal fazem-se notar nas primeiras diligências do processo penal. Existem casos em que se limita o exercício do direito da pessoa presa a abster-se de depor perante os procuradores ou policiais ou a contar com um defensor durante o interrogatório. Essas limitações não são a regra geral; contudo, há situações em que a polícia e a Procuradoria não cumprem com o dever de informar o detido de seus direitos legalmente previstos, o que leva a interrogatórios preliminares sem a presença de seu defensor, situação que claramente viola o direito à defesa. Além disso, essas limitações também estão associadas à restrição do direito do acusado de contar com um defensor de maneira oportuna, isto é, dentro das primeiras 24 horas de sua detenção. Essas práticas representam uma área importante de melhora para garantir uma defesa criminal efetiva no sistema de justiça peruano.

Outro desafio para a prática de uma defesa criminal efetiva apresenta-se no exercício do direito do acusado de responder ao processo em liberdade. Sobre esse ponto, observa-se que, embora o CPP tenha melhorado os parâmetros para ordenar a prisão preventiva mediante a realização das audiências orais, públicas e contraditórias, e estabelecido requisitos mais rigorosos para requerê-la e aplicá-la, a prisão preventiva continua sendo a principal medida cautelar aplicada no sistema de justiça peruano. Ainda que a nova norma processual penal regulamente medidas alternativas à prisão preventiva, o sistema de justiça criminal carece de mecanismos para sua supervisão integral, situação que explica a pouca confiança dos próprios operadores e da comunidade na aplicação das medidas alternativas ao encarceramento preventivo, o qual é percebido como o único mecanismo para controlar o comportamento do acusado no processo penal.

Outro direito concernente à defesa criminal efetiva em que também se apresentam limitações é o direito à tradução e interpretação. Há dois tipos de acusados que usualmente precisam exercer esse direito no Peru: os indígenas e os estrangeiros. Quanto aos acusados indígenas, existem dois desafios centrais. O primeiro é a entrega da carta de direitos no idioma originário (por exemplo, quéchua, aimará ou outras línguas nativas) e o segundo é a assistência por intérpretes qualificados com parâmetros de qualidade. A respeito disso, identificou-se que, em algumas audiências, é necessário que o acusado conte com um intérprete, mas, devido às

grandes distâncias geográficas das províncias, somente é possível designar um não oficial, visto que os oficiais não conseguiriam deslocar-se a tempo.

Quanto ao direito do acusado estrangeiro à tradução e interpretação, o sistema de justiça criminal peruano conta com tradutores qualificados para as etapas intermediárias e para o julgamento oral, mas não para a etapa das diligências preliminares na investigação preparatória. Em alguns estados judiciais como Cusco, a Polícia e a Procuradoria Especializadas em Turismo possuem uma equipe capacitada em diversos idiomas, situação que não se repete entre os defensores públicos ou particulares. Esse cenário constitui uma debilidade no que se refere à paridade de armas estabelecida pelo novo modelo processual penal e mostra um espaço de oportunidade para fortalecer o exercício da defesa criminal efetiva no Peru.

Existe um segundo conjunto de desafios para melhorar a defesa criminal efetiva no Peru, relacionado com a necessidade de consolidar uma defesa criminal de qualidade. Nesse âmbito, observa-se que os defensores, tanto públicos quanto particulares, têm sérias limitações para contar com especialistas ou peritos que apoiem seu trabalho. Embora a Defensoria Pública, a partir da implementação do CPP, tenha melhorado sua estrutura organizacional e aumentado seu orçamento e número de defensores públicos, ela ainda não conta com especialistas ou peritos que apoiem o trabalho de preparação dos casos para o julgamento oral. Diante dessa carência, é a família do acusado que usualmente cobre os gastos com um especialista ou perito independente, situação que está limitada a suas possibilidades econômicas.

Finalmente, a defesa criminal privada apresenta desafios cruciais em matéria da defesa criminal efetiva. Embora no Peru exista responsabilidade das associações de advogados, há pouca informação disponível sobre a organização, os recursos, o orçamento, os custos e, principalmente, sobre a qualidade do desempenho dos advogados particulares. Assim, em comparação com a Defensoria Pública, que tem avançado no desenho e na aplicação de mecanismos para controlar e supervisionar o desempenho dos defensores públicos, além de protocolos para o atendimento dos usuários, os advogados particulares carecem desses mecanismos orientados a verificar a qualidade e os resultados de seu trabalho. A respeito disso, os juízes e os procuradores entrevistados neste estudo coincidiram em afirmar que há defensores particulares que não estão adequadamente capacitados para exercer a defesa de seus clientes, o que repercute na diminuição de opções de acesso a uma justiça de qualidade por parte dos acusados.

Recomendações

1. Difundir e promover a aplicação efetiva dos direitos e das garantias que os acusados têm no processo penal sob um Estado democrático de direito, mediante o aperfeiçoamento dos juízes, procuradores, policiais e defensores, tanto públicos quanto particulares, com ênfase nos padrões de qualidade de uma defesa criminal efetiva e seu exercício prático no âmbito do processo penal.
2. Elaborar um protocolo interinstitucional que envolva procuradores, policiais e defensores públicos para garantir que estes tenham conhecimento imediato das detenções, com o objetivo de que o preso disponha de acesso oportuno a um defensor dentro das primeiras 24 horas de sua detenção.
3. Desenhar um manual de procedimentos dirigido aos defensores, juízes, procuradores e policiais, que esclareça em detalhes as etapas que esses operadores devem respeitar para garantir uma defesa criminal efetiva, com base nos princípios do devido processo, nos direitos humanos e nos parâmetros internacionais.
4. Elaborar um guia que sistematize as experiências, estratégias e boas práticas dos defensores, a fim de promover um adequado desempenho e padrões de qualidade e efetividade da defesa criminal, que incluam a imediata comunicação entre os procuradores e os defensores públicos nos casos de detenção e o controle dos prazos no processo penal.
5. Elaborar cartas de direito do preso nas línguas nativas quéchua, aimará e booraa, bem como em inglês, como um mecanismo orientado a garantir os direitos dos acusados que não entendem espanhol ou cujo conhecimento sobre ele seja limitado.

8. Bibliografia

Conselho Nacional de Política Criminal. *La delincuencia en el Perú: propuesta de intervención articulada*. Lima: Ministério de Justiça de Direitos Humanos, 2013.

Direção-geral de Defesa Pública e Acesso à Justiça. *Protocolo para la defensa pública relativo al acceso a la justicia de jóvenes y mujeres extranjeras privadas de libertad*. Lima: Programa para a Coesão Social na América Latina, 2014.

Instituto Nacional de Desenvolvimento de Povos Andinos, Amazónicos e Afro-peruano. *Aportes para un enfoque intercultural*. Lima: INDEPA, 2010.

Instituto Nacional de Estatística e Informática. *Censo Nacional XI de Población y VI de Vivienda 2007*. Lima: INEI, 2007.

Instituto Nacional de Estatística e Informática. *Evolución de la pobreza monetaria 2007-2012*. Lima: INEI, 2013a.

Instituto Nacional de Estatística e Informática. *Estadística de seguridad ciudadana: informe técnico 4*. Lima: INEI, 2013b.

Instituto Nacional Penitenciário. *Informe estadístico julio 2014*. Lima: INPE, 2014.

La Ley. "Los abogados en el Perú", 1º de abril de 2014.

Ministério de Justiça e Direitos Humanos. *Resultados de la encuesta nacional a los defensores públicos*. Lima: Ministério de Justiça e Direitos Humanos, 2014.

Polícia Nacional do Peru. *Denuncias por comisión de delitos del año 2013*. Lima: PNP, 2013.

Ponce, Nataly e Bances, Liliana. *Programa de evaluación de riesgos y supervisión eficiente de medidas alternativas a la cárcel. Una estrategia para el fortalecimiento de los derechos humanos, la seguridad ciudadana y la inclusión social*. Lima: Centro para el Desarrollo de la Justicia y la Seguridad Ciudadana (Cerjusc), 2011a.

Ponce, Nataly e Bances, Liliana. *Estudio de línea de base para la implementación de una oficina de servicios previos al juicio en el marco del Código Procesal Penal. Análisis de la aplicación de las medidas de coerción procesal y salidas alternativas en el distrito judicial de Huaura*. Lima: Centro para el Desarrollo de la Justicia y la Seguridad Ciudadana (Cerjusc), 2011b.

Ponce, Nataly e Bances, Liliana. *Indicadores del impacto de la reforma procesal penal en las personas privadas de libertad en Perú*. Ottawa: Centro para el Desarrollo de la Justicia y la Seguridad Ciudadana (Cerjusc) e The Canadian Association for Latin American and Caribbean Studies (Calacs), 2013.

Ponce, Nataly e outros. *La delincuencia organizada en un mundo globalizado. Análisis de los fines, patrones y procesos comunes de las redes criminales en el Perú y evaluación de las respuestas del Estado.* Lima: Escritório das Nações Unidas contra a Droga e o Delito (UNODC), 2014.

Príncipe Trujillo, Hugo. "La etapa intermedia en el proceso penal peruano: su importancia en el Código Procesal Penal de 2004 y su novedosa incidencia en el Código de Procedimientos Penales". *La reforma del derecho penal y del derecho procesal en el Perú. Anuario de derecho penal*. Lima: Fundo Editorial da Pontifícia Universidade Católica, 2009.

Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. *Informe regional de desarrollo humano 2013-2014. Seguridad ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina*. Nova York: Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2013.

Programa para a Coesão Social na América Latina. *Protocolo de atención y orientación legal con enfoque intercultural. Dirigido a funcionarios del Sistema Estatal de Justicia*. Lima: International Development Law Organization, 2014.

PARTE III

ANÁLISE, CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES

Alberto Binder
Ed Cape
Zaza Namoradze

CAPÍTULO 9. CONQUISTAS E DEBILIDADES NO CUMPRIMENTO DOS PADRÕES INTERNACIONAIS

1. Introdução

Neste capítulo propomos analisar o grau de cumprimento dos padrões internacionais que surge das pesquisas realizadas em cada país do presente estudo. Assim como vimos, o contexto de produção desses padrões está ainda muito ligado a uma etapa de casos na Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) marcados pela gravidade e pela excepcionalidade. Contudo, isso não tem impedido a Corte IDH de construir um conjunto de princípios e regras concretas que permite avaliar com bastante precisão seu grau de concretização nas realidades locais.

Além disso, temos um ponto a favor: a nova legislação processual penal estabelecida nos países deste estudo, em diferentes graus de avanço, tem permitido uma ampliação no plano normativo de muitos desses princípios, de tal maneira que a fonte de julgamento do estado da defesa criminal efetiva não precisa, sempre, de uma referência direta às sentenças da Corte IDH, mas permite uma referência muito mais imediata à legislação processual. Além disso, devemos lembrar que o objetivo deste estudo não é somente analisar o grau de reconhecimento normativo dos direitos de defesa, mas também interessa, de modo muito particular, conhecer seu nível de efetividade, produto das mediações organizacionais e institucionais, e de concretização, que surge da cultura e das práticas específicas da advocacia.

A realidade específica de cada país, por sua vez, não deve nem pode ser deixada de lado; não só pelos elementos culturais que sempre subjazem ao funcionamento real das instituições, mas também pelo fato de que a concretização específica de cada um desses direitos depende de um complexo mecanismo de interpretações, adaptações e ajustes

entre instituições que provoca particularidades na legislação processual, nas sentenças mais relevantes, nas formas organizacionais etc.. Inclusive os fatores pessoais ou o modo com que essas organizações condicionam o agir das pessoas em concreto são um fator que não deve ser esquecido. O conjunto desses fatores somado a outros talvez mais distantes, mas nem por isso menos determinantes, como o desenvolvimento da estrutura judicial em seu conjunto, os níveis reais de criminalidade e violência, a eficiência e a transparência das organizações policiais, a situação dos presídios, a obsolescência da legislação que estabelece delitos e outros tantos fatores, constituem um contexto específico que não deve ficar oculto pela análise comparada. Contudo, existem suficientes fatores comuns, tradições compartilhadas, problemas similares e tentativas de solução destes que tornam altamente produtivo um enfoque comparado como o que se realiza neste capítulo. Sempre, claro está, sem abandonar o enfoque específico desta pesquisa, que consiste em colocar no centro de toda preocupação a defesa efetiva que uma pessoa submetida a um processo recebe; ponto focal que terá variações, como veremos, mas que constitui um critério de referência único e definitivo.

2. O contexto específico de cada país. O grau de avanço da reforma da justiça criminal

Embora se costume considerar a América Latina como uma região com alguns traços homogêneos, a disparidade de realidades sociais, culturais, demográficas e políticas é digna de nota. Este estudo concentra-se em países que respondem a essas realidades diferentes; contudo, no tema particular que é objeto de pesquisa, existe uma matriz histórica comum que nos aproxima um pouco mais de uma visão homogênea. Em particular, os casos do México e do Brasil merecem ser destacados visto que a alta população de ambos (quase 120 milhões no primeiro e 200 milhões no segundo) gera uma escala de problemas que tem valor em si mesma. Compartilham, ainda, altos níveis de diversidade cultural (assim como nos outros países) e condições de desigualdade social que, em maiores ou menores proporções, reproduzem o que é característico da região latino-americana. No entanto, na última década, vem se observando um marcado crescimento econômico na região, que tem melhorado muitos seus indicadores macroeconômicos, ainda que não tenha tido semelhante impacto nas condições de desigualdade. Também nos casos do Peru, Argentina e Colômbia, pode-se falar de que se trata de países "grandes" não só por sua extensão territorial, mas

também porque a Argentina e a Colômbia ultrapassam os 40 milhões de habitantes, e o Peru, 30 milhões. A Guatemala, por mais que seja o país com menor população entre todos os desta pesquisa, é o maior dessa sub-região. Essa característica — países grandes — determina o primeiro elemento do conjunto de relatórios nacionais, em que é notável a dificuldade de o Estado oferecer serviços básicos e similares a toda a população em todo o território.

Outra característica comum provém do fato, também próprio da região latino-americana, de serem realidades nacionais com altos componentes de diversidade cultural. Seja pelo forte componente das culturas dos povos originários, como no México, Guatemala e Peru — embora existente também em outros países —, seja pela diversidade proveniente de processos migratórios ou de "transplante" de população (afro-americanos), seja, ainda, pelas realidades de mestiçagem que ocultam a sobrevivência de culturas diferentes, originárias ou de imigração espontânea ou forçada. O certo é que os países do presente estudo devem ser vistos sob uma perspectiva que destaque essa multiculturalidade como base de sua convivência social.

Um terceiro elemento provém do fato de que três dos países deste estudo (México, Argentina e Brasil) têm uma estrutura política federal, com impacto na organização da justiça (de diferente modo em cada país, como mostram os relatórios nacionais); outros dois, embora tenham uma estrutura de Estado unitária, também compartilham fortes processos de descentralização, que vão sendo acentuados com o tempo (Colômbia e Peru). Fica somente o caso da Guatemala como um país unitário em que ainda o principal processo é a extensão do Estado de um modo efetivo a todo o território, antes que sua descentralização. Em todo caso, seja por razões formais (federalismo ou descentralização progressiva), seja por razões de fato (debilidade das prestações estatais em todo o território), pode-se dizer que todos os países se caracterizam por uma diversidade de realidades locais que não pode ser ocultada. Por esse motivo, foi tomado especial cuidado em determinar as razões pelas quais se escolheu uma particular realidade social e demográfica para realizar os estudos. Como se expressa em cada um dos relatórios nacionais, garantiu-se, dessa maneira, a possibilidade de realizar generalizações sem desconhecer que existem alguns aspectos que podem ter variações regionais ou locais.

O quarto elemento comum consiste que todos os países se encontram sob um profundo processo de revisão de sua administração da justiça penal, tanto no plano normativo quanto na efetiva prática das instituições desenhadas. No caso do Brasil, contudo, embora seu processo penal se encontre em permanente processo de revisão, ainda não se chegou a uma reorganização completa de seu sistema. Assim como

explicamos no Capítulo 2, a característica geral desse processo significa o abandono dos modelos inquisitivos e de predomínio escrito por outros de tipo acusatório/adversarial de forma oral. Não obstante a essa realidade comum, o grau de desenvolvimento em cada país é diferente e deve ser indicado. No caso da Guatemala, por exemplo, como mostra o relatório nacional, desde 1994 começa a instalação de um novo sistema de justiça criminal que lentamente vai desenvolvendo as novas instituições, tanto no plano normativo quanto no organizacional. No entanto, trata-se de um país que tem enfrentado situações de violência, resultado do longo conflito interno ou de novas e complexas formas de criminalidade.

No caso do México, a Constituição Nacional já determinou a obrigatoriedade da passagem ao sistema acusatório, mas se trata de um processo longo, complexo e ainda em amadurecimento. Visto que originariamente a competência para estabelecer a legislação processual era própria dos estados federados, o avanço tem sido mais lento, e menos da metade dos estados está desenvolvendo novos sistemas de justiça penal e muitos deles estão em processo recente de implementação. Dessa maneira, a data inicialmente prevista (2016) para completar o processo em todo o país parece inatingível. A discussão e aprovação de um Código Processual Penal único para todos os estados e para a federação aparece como um instrumento de aceleração do processo de implementação. De todo modo, o caminho para pôr efetivamente em andamento os novos sistemas acusatórios é lento, complexo e cheio de dificuldades.

No caso da Argentina, onde também são os estados os que têm o poder de organizar a justiça penal, o processo tem sido diferente. Tradicionalmente, são os estados provinciais, e não o estado federal, que têm realizado inovações no âmbito judicial. Até o momento, os principais estados — os que contêm a maior parte da população — e a grande maioria dos demais já realizaram mudanças para um sistema acusatório. Isso com diferentes níveis de modernidade e implementação. Embora se possa dizer que, em termos gerais, o país caminha em direção a uma total implementação desse novo sistema, o processo ainda se encontra em andamento e com realidades locais de diferente valor e profundidade.

Na Colômbia, desde 2004, iniciou-se a execução de um sistema processual penal de tipo acusatório. Tratou-se de uma implementação gradual, dividida em quatro fases:

> a primeira entrou em vigor em janeiro de 2005 e a última, em janeiro de 2008. Como resultado dessa mudança, atualmente estão em vigor dois tipos de procedimento penal: o sistema misto, regido pela Lei 600 de 2000, que continua vigente para os delitos cometidos até 1º de janeiro de 2005; e o sistema penal acusatório, regido pela Lei 906 de 2004, para o julgamento de delitos ocorridos depois da data mencionada.

A implementação não foi simples e coincidiu com muitos dos inconvenientes das leis de justiça e paz que, embora constituam dificuldades diferentes, convergem no momento da consideração pública dos problemas e das energias sociais necessárias para encarar um processo de execução de um novo sistema de justiça, em um país tão extenso e complexo como a Colômbia. As dificuldades próprias de todo processo de mudança da magnitude do projetado não puderam ser superadas ou minimizadas com uma implementação progressiva, como se esperava.

O caso do Brasil, como indicamos, tem algumas características próprias. Embora se encontre em um permanente processo de crítica e ajuste de seu sistema processual penal, em particular pelas contradições com a Constituição Federal de 1988, ainda não encarou uma mudança completa e integral, por mais que existam longas discussões a respeito do tema há mais de uma década. De todo modo, as mudanças legislativas parciais, bem como os ajustes jurisprudenciais, marcam uma tendência a um maior controle judicial da atividade da Polícia, assim como o desenvolvimento de saídas alternativas. Isso quer dizer que se orienta, de forma mais lenta, aos mesmos objetivos dos demais países.

Finalmente, o Peru se encontra em uma situação particular, dentro das semelhanças. Desde 2004, conta com um novo Código Processual Penal, que vai sendo implementando progressivamente nos diferentes estados judiciais até finalizar com os estados mais populosos como o de Lima. O processo de implementação vem sendo desenvolvido com as dificuldades que compartilham todos os países, mas o passo final na capital continua sendo adiado, embora a entrada em vigor nessa cidade seja inevitável. As pressões de diferentes atores (entre eles a polícia) e os problemas orçamentários sempre alegados são somente alguns dos fatores desse adiamento.

Deve ficar claro, em consequência, que a mudança do modelo inquisitivo da justiça penal para os novos modelos acusatórios é uma decisão definitiva que tem mobilizado energias políticas e recursos sociais e estatais, *mas se trata de um processo que ainda não se estabilizou*. A implementação, sob qualquer de suas formas, tem demonstrado, nos países do presente estudo, que é um processo complexo, de lenta adaptação de organizações, saberes e práticas, além de implicar uma forte readaptação das posições e interesses dessas instituições. Esse contexto, *definitivo em sua orientação, mas instável ainda em sua concretização, é o que marca a realidade desses países e deve ser o elemento-chave na hora de avaliar a situação de cada um deles, bem como a realidade regional*.

Sob o ponto de vista do cumprimento dos padrões internacionais de defesa criminal efetiva, a instabilidade desse processo significa que normas claras estabelecidas

tanto nas constituições quanto nos novos códigos processuais não têm ainda uma aplicação precisa e direta, mas também significa que os tribunais se encontram muito mais dispostos a reconhecer direitos previstos na legislação internacional e aplicá-los diretamente em casos sob sua jurisdição. Tratar de fixar um olhar em um processo ainda tão ativo gera, sem dúvidas, problemas, no entanto é também uma boa oportunidade para detectar aberturas ou prejuízos que já se encontram presentes e que merecerão apoio ou crítica mais pontual. Vale lembrar que esta pesquisa tem como propósito final aumentar o nível de defesa efetiva dos acusados, isto é, um propósito social que ultrapassa o puramente acadêmico.

3. Limites da pesquisa

É evidente que nenhuma das dimensões da justiça criminal pode ser analisada sem ser considerado o funcionamento de todo o sistema. Em particular, certas características básicas, como o maior ou menor respeito às regras de prova, a duração dos processos, as condições carcerárias em geral e durante a prisão preventiva, a existência real de audiências públicas etc., são determinantes para julgar o modo como que é exercida a defesa nesse sistema. Por sua vez, visto que o critério final para julgar uma defesa efetiva é seu verdadeiro sucesso no contexto real — e não simplesmente o apego aos princípios norteadores —, torna-se mais difícil ainda determinar quando uma defesa está cumprindo os padrões exigidos à profissão de advogado, quando está sendo realizada de um modo displicente ou quando se trata, em realidade, de uma adaptação compreensível das regras que regem esse sistema em particular e que muitas vezes são informais e diferentes das regras processuais.

Ainda que o mencionado anteriormente constitua um limite desta pesquisa, os relatórios nacionais têm se preocupado em estabelecer, da forma mais próxima possível, as condições reais de funcionamento. Vale lembrar o já indicado que, em todos os países, os sistemas encontram-se em uma etapa de transição para novas regras de funcionamento e isso faz com que ainda possam existir brechas muito grandes entre as normas legais e o funcionamento real. Inclusive a advocacia encontra-se também em uma situação de transição, em que não há uma clareza total sobre se se apegar às novas regras do sistema acusatório constitui o melhor modo de ter sucesso na defesa ou se convém apegar-se ainda a práticas antigas, que, apesar de sua ilegalidade, ainda são admitidas pelos tribunais. Por exemplo, uma prática estendida no exercício da defesa proveniente dos antigos sistemas consiste em aproveitar todas as circunstâncias

que permitam dilatar o trâmite da causa, de tal modo que entre no esquecimento ou incidam regras de prescrição ou término do processo. Essa forma de litígio indireto, que evita entrar no "mérito" da defesa, pode ser questionada, sob o ponto de vista dos princípios norteadores da advocacia em um sistema acusatório, que tende à rápida solução do assunto. Contudo, muitos defensores ainda consideram que, mesmo nos novos contextos, continua sendo um modelo de defesa eficaz.

Os estudos nacionais têm demonstrado que é possível uma avaliação das condições gerais do exercício de uma defesa criminal efetiva. Como toda pesquisa empírica realizada sobre espaços sociais tão complexos, esta também tem limitações que não diminuem seu valor como uma aproximação válida das situações gerais. O exercício da defesa, finalmente, constitui-se ao redor de regras e práticas que provêm de uma longa tradição histórica e da experiência acumulada de muitos países que passaram por situações parecidas às que as justiças penais dos países deste estudo vivem hoje. O núcleo de direitos que constituem uma defesa criminal efetiva não é uma mistura teórica arbitrária, mas sim uma construção histórica provada ao longo de muito tempo. Portanto, assim como o valor estratégico de certas adaptações a funcionamentos burocráticos ou distorcidos dos atuais sistemas, isso não ofusca a validade das conclusões e constatações dos trabalhos que se apresentam.

4. Eixos temáticos

4.1 Direito a contar com informação

Como indicado no Capítulo 2, referente ao desenvolvimento jurisprudencial dos padrões internacionais de defesa criminal efetiva, embora não existam pronunciamentos específicos sobre o direito a contar com informação em geral, isso surge do desenvolvimento de direitos diretamente vinculados a esse princípio. Por sua vez, a Corte IDH manifestou em diversas ocasiões que a participação no processo exige sempre atores informados. Esse direito adquire particular importância quando se trata do acusado visto que sobre ele recaem geralmente as piores consequências. Constitui um critério básico da vigência de um julgamento imparcial que o acusado participe dele com um nível de informação suficiente para o exercício de todos os direitos que lhe são reconhecidos.

Em primeiro lugar, cabe assinalar que, nos países pesquisados, existe suficiente reconhecimento normativo sobre a obrigação de se fornecer informação. Nos países

que já contam com sistemas acusatórios mais desenvolvidos (Colômbia, Guatemala, alguns estados da Argentina, do Peru e alguns estados mexicanos), há um *momento formal e inicial* (imputação) no qual se deve garantir o conhecimento de todos os direitos e das faculdades que o acusado tem. Em cada um dos relatórios nacionais, indicou-se a existência ou de audiências em que se materializa a imputação ou de previsões legais (inclusive constitucionais) de que deve haver documentos sobre as razões que a autoridade utiliza para iniciar um processo (em particular se houver detenção) contra uma pessoa.

O reconhecimento legal em cada país, em maior ou menor medida, é suficiente, do ponto de vista dos padrões internacionais. Inclusive, no caso da Colômbia, a Corte Constitucional tem realizado avanços a respeito desse princípio quando estabelece que, ainda antes da imputação formal e independentemente de sua existência ou não, há a obrigação do Estado de comunicar ou notificar o início de uma investigação em suas instâncias preliminares, em particular nos casos em que este chegue a ter conhecimento de que está sendo investigado pela Procuradoria. Esse conhecimento daria ao indiciado duas faculdades: primeira, a de iniciar atos de coleta de informação por conta própria a fim de preparar o que poderia ser sua defesa caso fosse acusado; segunda, a de comparecer com seu defensor nas audiências de controle de legalidade posterior à coleta de provas que tenha sido feita antes da imputação, para realizar o contraditório. A respeito deste último ponto, a Corte esclareceu que, embora se mantenha a restrição ao acesso à informação por meio da reserva ante certos temas, esse poder do indiciado não compromete a eficácia da investigação penal já que "uma coisa é que a autoridade pública não esteja obrigada a avisar sobre o momento no qual se praticarão certas diligências — registros, busca e apreensão, interceptações etc. — […], e outra muito diferente é que a pessoa que está sendo objeto dessas medidas não possa controvertê-las oportunamente, não possa exercer plena e livremente seu direito à defesa" (*tradução nossa*).[1] Em um sentido análogo, o Supremo Tribunal Federal do Brasil (2009) reconheceu o direito do defensor de ter acesso ao inquérito policial. No entanto, existem muitas dificuldades no momento de cumprir esse princípio.

Em primeiro lugar, todos os estudos chamam a atenção sobre o fato de que não existe uma preocupação em realmente transmitir a informação, mas sim, na melhor das hipóteses, em cumprir com um *trâmite formal*, como se fosse um requisito estabelecido que se deva acatar para evitar a invalidade dos atos, sem

1 Corte Constitucional, Sentença C-025 de 2009. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

importar se alcança realmente seu objetivo. Em todo caso, isso se cumpre de um modo irregular já que *não costumam existir protocolos claros de como oferecer essa informação*, especialmente nas instituições policiais. Também não costumam existir cartilhas ou documentos simples, instrutivos, que possam ser entregues aos acusados. Dessa maneira, o cumprimento *tende a ser formal e frustrado*. Outro dos elementos comuns consiste em que a informação que se oferece ao acusado seja expressa em uma *linguagem forense que é de difícil compreensão para os acusados*, principalmente para aqueles que têm uma educação restrita. Costumam-se usar fórmulas legais ou a leitura da transcrição dos artigos, ou frases muito sintéticas, em que "é provável que a grande maioria dos destinatários desses documentos (frequentemente procedentes de classes sociais baixas e de baixo nível de escolaridade) não possa entender seu conteúdo, redigido em linguagem jurídica" (Brasil). "É relativamente comum que os processados não entendam a linguagem própria dos atos judiciais e que, por isso, também não compreendam as razões pelas quais foram presos ou os direitos que os assistem no processo penal. Isso se deveria não tanto (ou não somente, no caso dos indígenas) a estes serem realizados em espanhol, mas sim à linguagem jurídica e à lógica do processo penal serem de difícil compreensão para muitas das pessoas que chegam a este; em particular, para aqueles com níveis mais baixos de educação" (Colômbia). "Tudo isso se cumpre de um modo ritualista" (Argentina).

É importante ressaltar essa primeira característica já que ela funciona de um modo geral e demonstra o escasso compromisso dos operadores do direito com a obrigação legal de gerar as condições para uma defesa criminal efetiva. Por trás dessas práticas subjaz uma visão muito propagada — e que deve e pode ser revertida com ações de capacitação e conscientização —, segundo a qual o exercício do direito de defesa é um obstáculo para o funcionamento eficiente da administração de justiça, que, portanto, não deve ser reforçado. Na melhor das hipóteses, devem-se cumprir as previsões legais para evitar a declaração de nulidade dos atos, mas não se vislumbra, em geral, que esse exercício seja uma atividade valiosa para o sistema ou que deva ser alentada. Em particular, essa visão geral, que todos os estudos detectaram nas realidades nacionais, cria um ambiente propício para o cumprimento ritualista, formal, carente de pretensão por transmitir informação real, útil e em tempo oportuno para o acusado.

No caso de acusados provenientes de povos indígenas, essa situação é mais grave ainda, em virtude das dificuldades para a compreensão da língua. Em alguns casos, pode ocorrer que a maior dificuldade não somente provenha da língua diferente, mas sim que seja um caso semelhante de incompreensão dos formalismos legais (Colômbia).

4.1.1 Direito a ser informado sobre a natureza e as causas da prisão ou detenção e os direitos que emanam dessa situação

Já vimos que o direito a contar com informação sobre os direitos torna-se mais intenso quando a pessoa se encontra em detenção ou prisão. A jurisprudência internacional preocupa-se em indicar que essa maior intensidade nasce de qualquer forma de privação de liberdade, independentemente do nome ou título que ela tiver. Novamente, os estudos mostram a existência de normas legais ou constitucionais que reconhecem esse direito. Na realidade, a norma mais antiga e generalizada em torno da qual gravita todo o direito a contar com informação é, justamente, a que estabelece a obrigatoriedade de conhecer as causas da detenção. Em termos gerais, dentro de prazos muito curtos (24 ou 48 horas) deve ser entregue informação precisa ao acusado sobre as razões da detenção e os direitos que nascem disso. Por escrito (Brasil) ou com uma ata específica, resultado de um protocolo de ato policial (Colômbia), ou mediante o comparecimento imediato em uma audiência (Argentina, Guatemala e Peru), o que se vê favorecido naqueles lugares onde existem tribunais de plantão (Cidade da Guatemala, por exemplo). Contudo, a capacidade desses documentos de gerar verdadeira informação é relativa já que sofrem dos mesmos defeitos indicados anteriormente a respeito do uso de uma linguagem técnica que não oferece informação real aos acusados. Nesse sentido, assim como demonstra o estudo sobre a Guatemala, "em todo caso, pelo menos em lugares onde existe um tribunal 24 horas (também conhecido como tribunais de plantão), é mais provável que se respeitem os direitos dos detidos porque estes são expostos imediatamente ao Poder Judiciário para que deponham".

No caso do Peru ou da Argentina, quando se instala a prática da apresentação imediata do detido (com um máximo de 24 horas) em uma audiência pública perante o juiz, com a presença obrigatória do defensor e do procurador, aumenta o grau de cumprimento das normas. Parece que este é o mecanismo mais claro e efetivo para garantir o cumprimento desse direito, sem desconhecer que se deva insistir em oferecer informação no mesmo momento da detenção, tendo em vista que a grande maioria de detenções se realiza em "flagrante", isto é, sem um documento judicial de apoio (Guatemala).

Quando não existe essa prática, a situação torna-se pior. No caso da Argentina, por exemplo, "os entrevistados afirmaram que, ao serem detidos, não foram informados com detalhes sobre as causas da prisão nem sobre seus direitos e que, ao pedirem para ligar para alguém de sua família ou para um advogado, foram bruscamente recriminados pelos policiais". Das entrevistas, infere-se que, enquanto uma pessoa está sob a custódia da polícia (até ser levada perante um juiz ou procurador), está em seu ponto de maior

vulnerabilidade: não é informada sobre seus direitos ou, se isso acontece, é de maneira ritualista e após interrogatórios às vezes violentos e sempre ilegais. Segundo os códigos, a polícia somente está autorizada a interrogar os acusados para identificá-los, o que a leva a não registrar as perguntas ilegais. Portanto, dificilmente surgirão questões que possam gerar decisões dos juízes, o que explica o silêncio da jurisprudência.

De toda maneira, o grau de conhecimento real das causas da detenção continua sendo baixo, segundo os estudos particulares. "Nesse ponto, a Argentina encontra-se abaixo dos parâmetros propostos porque, apesar de alguns esforços, a polícia continua sendo ineficaz para oferecer aos acusados a informação requerida. Qualquer demora na assistência dos advogados consolida o problema". "De acordo com os relatos dos defensores entrevistados, embora sempre conste nos autos que o preso foi informado sobre seus direitos, com frequência essa comunicação não se dá no ato da prisão. Além disso, tanto os juízes quanto os defensores mencionaram que a nota de culpa é uma declaração padrão, razão pela qual não é possível deduzir como foi produzido realmente o ato de informar ao preso seus direitos na delegacia de polícia no momento da detenção" (Brasil). "O direito a contar com suficiente informação durante a detenção é irregular porque não existe um protocolo policial sobre como deter nem uma 'carta de direitos' que deve ser lida e entregue à pessoa detida" (Guatemala). "Um estudo recente sobre pessoas privadas de liberdade em presídios do Distrito Federal e do Estado do México relatou que para 93,7% das pessoas detidas em cumprimento de uma ordem de prisão não foi mostrado um documento oficial que atestasse essa ordem contra ela" (México) (*traduções nossas*). Tudo isso demonstra que os países deste estudo ainda se encontram longe do cumprimento real dos padrões estabelecidos pela jurisprudência internacional, que tem se preocupado, muito em particular, em estabelecer o direito a que o detido tenha toda a informação "indispensável, certa, clara, sobre tudo o que for controlável de uma detenção (*razão, motivos, autoridade, permanência*)". Observa-se, no caso da Colômbia, uma maior preocupação em estabelecer protocolos e práticas policiais que permitam respeitar melhor com direito e uma jurisprudência mais atenta a determinar os alcances dele.

4.1.2 Direito a ser informado sobre a natureza e as causas do indiciamento ou acusação

Nesse contexto, pode-se dizer que o acesso à informação vem aumentando, embora com dificuldades, à medida que o caso avança. Nos países que já têm sistemas acusatórios, existe normalmente um ato formal de imputação que, como vimos, em alguns casos se realiza mediante audiências públicas, o que aumenta as possibilidades

de conhecimento por parte do acusado (Guatemala; Chubut, Argentina; Peru). Além disso, existe uma etapa formal de comunicação da acusação (etapa intermediária), em que, pelo menos segundo as leis, se deve pôr à disposição do acusado toda prova que o acusador pretende utilizar, bem como a que descartou e possa favorecer à defesa. Em geral, toda a nova legislação latino-americana já tem normas dessas características, como se pode ler nos relatórios nacionais.

Contudo, existem ainda dificuldades para o desenvolvimento efetivo dessas normas. Por exemplo, no caso da Colômbia — mas isso pode ser estendido à prática de outros países —, os defensores indicam que nem sempre o Ministério Público comunica ou põe à disposição da defesa os elementos probatórios que possam favorecer os defensores. No caso da Guatemala — de um modo que também pode ser estendido a outros países —, embora em termos formais os operadores judiciais já saibam que não podem negar o acesso à informação, tendo em vista que as leis são claras nesse sentido, produzem-se situações nas quais, de fato, se dificulta esse acesso. Por exemplo, os procuradores amparam-se na nomeação formal do defensor para colocar obstáculos ou demorar na entrega de informação (isso ocorre, geralmente, nos momentos iniciais do processo) ou são alegadas situações meramente burocráticas, tais como: não se encontra a alegação ou se encontra em processo de ingresso de dados ou as pessoas encarregadas não se encontram presentes etc.; ou se geram outras situações fáticas que dificultam o acesso à informação, por exemplo: os impedimentos para a obtenção de cópias ou as dificuldades para encontrar um lugar para examinar os atos quando eles são muito volumosos ou o acusado carece de recursos para extrair fotocópias etc.

No caso da Argentina, em alguns dos sistemas estudados (Buenos Aires e Córdoba) resiste uma velha prática, segundo a qual o acusado e o defensor tomam conhecimento dos atos no momento do "depoimento do acusado" e isso pode ocorrer até 10 dias após realizada a detenção. A informação oferecida é parcial e tudo está matizado pela urgência do depoimento ou da tomada de decisão sobre depor ou não. Muitos defensores, inclusive, aceitam essa situação como se fosse uma condição natural do processo.

Em geral, o acesso à informação durante os atos policiais é muito mais custoso. O Brasil vem tendo avanços ultimamente, com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Nos demais casos, tendo em vista a tendência a que os atos sejam remetidos o mais rápido possível às Procuradorias, os advogados costumam preferir tomar conhecimento nessas instituições. Esses mesmos avanços são vistos no México, onde, nos estados que já têm sistema acusatório, o acesso à informação é maior, pelo menos para os advogados pertencentes à Defensoria Pública.

Em termos gerais, pode-se dizer que, nos últimos anos, seja pelo maior reconhecimento legal, seja pela jurisprudência dos supremos tribunais, o acesso à informação que o acusado necessita tem sido melhorado. Contudo, ainda existem problemas, em grande medida provocados pelas dificuldades organizacionais para permitir um acesso fácil aos atos e também pela falta de compromisso dos procuradores e funcionários em oferecer essa informação, como se não fosse uma necessidade do sistema. O ocultamento de informação em sede policial vem perdendo centralidade posto que, cada vez menos, os atos ocorrem nessa sede ou porque a jurisprudência vem indicando com clareza a inexistência de um segredo geral imposto contra o acusado. Um problema adicional — do qual dão conta alguns relatórios nacionais (Brasil, Argentina e México) — refere-se a que ainda quando o defensor conta com a informação, isso não significa que o acusado se encontre informado. Seja porque existe a prática entre os advogados de não manter seus clientes informados (especialmente se são da defesa pública), seja porque não é fácil marcar entrevistas nos presídios em lugares adequados, seja porque os acusados de baixo nível de escolaridade têm dificuldades para compreender os problemas legais da forma como são apresentados pelos advogados; o certo é que, como resultado final, nos encontramos com um acusado pouco informado.

4.1.3 Direito a obter informação sobre os direitos relativos à sua defesa que lhe estão garantidos

Conforme vimos anteriormente, por mais que exista uma maior preocupação em fazer conhecer os direitos quando uma pessoa está detida, o problema principal na aplicação desse direito consiste em ser assumido como um procedimento formal, geralmente expresso em uma linguagem técnica, de difícil compreensão por quem se encontra nessa situação. Em particular, do conjunto de direitos que ela deve conhecer, o de poder contar de imediato com um defensor é, talvez, a chave do exercício dos outros direitos. Os padrões internacionais obrigam, inclusive, que essa informação seja oferecida a uma pessoa próxima (familiar ou de confiança) visto que as possibilidades concretas de o exercer por parte de quem se encontra detido são sempre menores. O relatório do México mostra algumas experiências, muito circunscritas, em que os direitos são expostos em comunicados (cartazes) públicos a fim de que as pessoas próximas ao detido, que normalmente vão aos tribunais, possam tomar conhecimento deles.

Em geral, as defensorias públicas ou as associações de advogados não costumam ter práticas consistentes para pressionar as autoridades policiais e o Ministério Público

para que essa informação seja oferecida clara, precisa e oportunamente. Embora a jurisprudência tenha sido bastante clara no momento de estabelecer a invalidade dos atos quando se constata a falta de comunicação efetiva desses direitos, na realidade, em muitos casos, essa invalidade torna-se invisível ou os mesmos defensores deixam-na passar, às vezes por despreocupação e outras tantas por razões estratégicas, normalmente vinculadas com a obtenção da liberdade. De fato, assim como indica o relatório da Colômbia, geralmente o acusado não realiza atividades de defesa, mas sim fica à espera do que o advogado lhe dirá. Dada a ampla incidência que a defesa pública tem nesse ponto, uma solução seria a designação antecipada de defensor e a existência de mecanismos administrativos que prevejam a rápida comunicação das detenções à defensoria pública.

4.1.4 Direito a obter acesso à prova material do caso e ao inquérito policial (alegação, processo, arquivo, sumário etc.)

Tanto a legislação quanto a jurisprudência têm reconhecido esse direito muito mais amplamente do que era comum antes da reforma do processo realizada nos últimos anos. A jurisprudência obrigatória do Brasil (Boletim n. 14), decisões do tribunal constitucional colombiano ou tribunais importantes da Argentina, assim o demonstram. Nos sistemas em que existem audiências públicas iniciais, o problema muda bastante pela dinâmica dessas audiências. Em outros, pelo contrário, a despeito de disposições normativas, persiste a lógica de restringir o acesso aos documentos relativos à investigação. Isso, inclusive, quando as novas legislações restringem muitos dos casos nos quais a "reserva" ou "segredo" dos atos é possível. À parte dessas normas específicas, há uma lógica de trabalho que se inspira no caráter reservado desses atos.

Na prática — conforme o relatório da Colômbia —, de acordo com alguns defensores públicos entrevistados, "a Procuradoria nem sempre revela na acusação a evidência que poderia ser favorável ao acusado; contudo, isso nem sempre é fácil de controlar". Em particular, torna-se difícil detectar quando certas diligências (periciais iniciais, busca de testemunhas etc.) deram resultados negativos, tendo em vista que costuma não se deixar registro disso. Um elemento que se deve considerar para a análise do cumprimento efetivo destes e de outros padrões se refere a que ainda, na prática do exercício concreto da defesa, é muito usual se preferir que a atividade fiscal acumule essas irregularidades para, depois, poder-se alegar a invalidade dos atos que procura remediá-las desde o início. Embora seja certo que, do ponto de vista de uma política de direitos, não haja dúvidas de que seja necessário propiciar o maior cumprimento

desses padrões, isso não é exigido dos defensores em concreto visto que eles estão limitados pelo sucesso de seu caso concreto e não pela concretização de direitos em abstrato. Isso gera uma limitação no momento do desenvolvimento do cumprimento desses direitos de um modo específico.

Por outro lado, assim como se indica no relatório da Argentina,

> "O acesso ao 'sumário de instrução' está relativamente garantido depois que o acusado tenha sido citado a depor. Mas é habitual em Córdoba e Buenos Aires que obstáculos práticos o impeçam ou dificultem."

Isso coincide com o indicado no relatório da Guatemala, em que, embora se estabeleça o reconhecimento normativo e jurisprudencial desse direito, são assinalados os inconvenientes práticos que costumam se opor à sua efetiva realização.

4.2 Direito à defesa e a contar com um defensor

4.2.1 Direito de a pessoa imputada defender-se e representar-se pessoalmente

Da análise harmônica das decisões internacionais, emana que o direito de defesa não pode estar limitado ao direito de assistência de um advogado. Ao contrário, o acusado deve, em todo o momento, poder ser protagonista ou, pelo menos, manter o controle de sua própria defesa. O direito a defender-se pessoalmente significa que ele é sempre um *sujeito do processo, uma pessoa concreta que tem interesses também concretos e sempre uma valoração pessoal que deve ser atendida*, e nunca um objeto dos atos judiciais ou um mero espectador do agir do advogado. Para além da possibilidade sempre latente de que o acusado exerça sua própria defesa, o núcleo operativo desse direito consiste em que o defendido, em todo caso, deve manter um *adequado controle* sobre o exercício da defesa por meio de profissionais, em especial, se eles pertencerem a organizações estatais, em que as possibilidades de desvio dos fins gerais aos quais são subordinados os interesses concretos do acusado (eficácia dos atos, estabilidade da organização, agilidade do processo etc.) têm sido uma realidade muitas vezes denunciada.

Em termos gerais, a autodefesa ou defesa pessoal do acusado não tem sido uma instituição estimulada, nem sequer pelos setores favoráveis à maior vigência dos direitos humanos visto que corresponde a uma época na qual os juízes admitiam defesas meramente formais, ficcionais, nas quais somente se cumpria o ritual de nomear um defensor ou permitir a autodefesa, embora não houvesse atividade concreta, mesmo quando era evidente no caso as grandes possibilidades de realizá-la. Favoreceu-se,

consequentemente, a assistência de um advogado como *mínima condição de efetividade do exercício da defesa*. Em contrapartida, como indica o relatório da Argentina, o próprio ritualismo e formalismo do processo desestimula a participação direta do acusado, salvo que ele tenha também a condição de advogado. Pode-se dizer que, em geral, é um direito que raramente é exercido pelos acusados comuns. Contudo, ele é reconhecido e esse reconhecimento amplia-se dia a dia nos casos em que os próprios acusados formulam petições, que podem consistir em recursos, em pedidos de revisão, ou em pedidos gerais, especialmente quando as pessoas estão nos presídios. Os tribunais recursais ou os mesmos juízes de execução costumam admitir essas petições diretas, ainda quando elas sofrem de vícios de forma ou de apresentação. Isso é uma manifestação clara do reconhecimento do direito de defender-se por si mesmo.

A ideia de autodefesa tem sido utilizada mais para reconhecer o direito que o acusado tem de introduzir sua versão dos fatos (como mecanismo de defesa) no depoimento. Isto é, para neutralizar a ideia de que o interrogatório ao acusado é um ato de investigação. Hoje, em geral, entende-se que esse depoimento é um ato de defesa, por mais que o acusado deixe-se interrogar. No Brasil, o relatório explica que "o termo *autodefesa* deverá ser entendido no sentido da primeira acepção citada, ou seja, como *direito a apresentar sua própria versão dos fatos às autoridades no interrogatório*". Nos demais países, existe a mesma ideia, às vezes sob o binômio *defesa material* (a que exerce o acusado por meio de seu depoimento) e *defesa técnica* (a que se exerce por meio do advogado). Mais além das classificações doutrinárias, o que importa é o conceito de defesa material que tem servido para consolidar a posição do acusado como sujeito e para fortalecer as condições de liberdade de seu depoimento.

Uma terceira consequência do princípio de autodefesa refere-se aos casos em que existe discrepância de opinião entre o acusado e seu defensor. Assim como indica o relatório da Guatemala, a obrigação de contar sempre com um advogado defensor é interpretada em termos de proeminência da posição do advogado. "A defesa material nunca pode obstaculizar a efetividade da defesa técnica" (Guatemala). Critério semelhante existe na Colômbia, em que "diante da possibilidade de que sejam apresentados desacordos entre a defesa técnica e a material, ou seja, entre o que considera melhor um advogado para a defesa criminal e o que seu cliente considera, a legislação estabelece claramente a primazia da defesa técnica. Essa norma reflete duas situações: por um lado, uma desconfiança ante as decisões dos investigados e, por outro, uma supervalorização da sabedoria do advogado, como vestígio da cultura jurídica legalista". No entanto, em termos práticos, essas diferenças de posicionamento são muito raras, em grande medida produto do modo como tramitam os processos,

os tecnicismos e os ritualismos, a linguagem utilizada; tudo o que conspira para uma compreensão insatisfatória da situação por parte do acusado comum que, por razões de seletividade do sistema, costuma ser uma pessoa baixo grau de instrução.

4.2.2 Direito a contar com assistência e representação legal (técnica) de sua confiança e de livre escolha

Esse direito constitui o núcleo que permite tornar operativos muitos dos direitos anteriores; não obstante que não se deva identificar, como muitas vezes acontece, o direito de defesa com o direito a contar com um advogado defensor, que é somente uma parte dele. Por outro lado, os padrões internacionais obrigam a que seja um defensor de *confiança*; isso significa duas coisas: em primeiro lugar, o direito a escolher livremente um advogado defensor; em segundo lugar, que esse defensor não tenha outro objetivo que não os interesses concretos de seu assistido. Tendo em vista que, pelas carências econômicas de muitos acusados, a presença da defesa pública seja muito ampla, não se pode pretender que, dentro dessa designação de defensor, exista um mecanismo de livre escolha. Contudo, trata-se de um princípio que as Defensorias Públicas têm que tentar assumir como um critério orientador de suas organizações.

Em todos os países, existe um amplo reconhecimento legal (inclusive nas constituições) sobre o direito a contar com um defensor e com a proteção usual dessa profissão (a respeito do sigilo profissional etc.). Os novos códigos processuais de tipo acusatório estabelecem com clareza esse direito, tanto em sua face positiva (nomeação) quanto negativa, isto é, a faculdade de removê-lo, por mais que o advogado deva garantir a continuidade da defesa. Também se protege o acusado sancionando o abandono da defesa. No entanto, na prática, é bastante usual que os advogados atuem em uma etapa do processo e logo o abandonem, o que provoca uma intervenção retardatária da defesa pública. Os tribunais costumam ser muito condescendentes com essa prática que afeta a relação do acusado com o advogado escolhido.

O problema central está na possibilidade real de nomear um defensor de confiança, visto que grande parte dos acusados carece de meios necessários para arcar com os gastos ou, quando pode arcar, escolhe defensores cuja idoneidade não é suficiente. Nesse sentido, as associações de advogados não têm um controle efetivo sobre a idoneidade do exercício da advocacia, e os juízes percebem muitas atuações como defesas meramente formais. Sob outro ponto de vista, embora algumas organizações de defesa pública tenham mecanismos de supervisão fortes, o excesso de

trabalho também não lhes permite discernir com precisão muitos dos casos em que a defesa não está sendo adequada.

Apesar de tudo, pode-se afirmar que, nos países do presente estudo, a ideia de que o acusado tem direito a um defensor tem sido consolidada. Antes do processo de reforma, ainda existiam legislações e jurisprudência que limitavam o direito a certas etapas do processo (judiciais), não permitindo a participação de advogados em etapas policiais. Isso vem mudando no plano normativo, sem desconhecer que ainda existem barreiras práticas que dificultam a participação dos advogados durante a etapa policial ou na investigação preliminar dos procuradores.

4.2.3 Direito a contar com assistência jurídica durante o interrogatório

Como vimos, entende-se que o interrogatório (ou, melhor, o depoimento do acusado) é considerado predominantemente na região como uma manifestação do direito de defesa (autodefesa ou defesa material) e que isso constitui uma característica regional, em relação a outras realidades nas quais ele é a base da atividade de investigação. No entanto, os padrões internacionais são claros no sentido de que a assistência de advogado deve existir *desde o começo da investigação*, independentemente da forma que ela tome. Tendo em vista que na prática, por mais que já não seja majoritariamente perante a polícia, um dos atos iniciais do processo ainda é o interrogatório ou depoimento do acusado, deve-se continuar insistindo na importância desse direito.

No caso colombiano, reconhece-se essa faculdade, ainda quando não existir uma imputação formal, isto é, quando se tratar de uma suspeita inicial (indiciados, mero suspeito etc.). Tanto as normas processuais quanto a jurisprudência da Corte têm entendido que isso é parte essencial do começo do exercício do direito da defesa de um modo pleno. Semelhante é a situação no México, onde os interrogatórios são realizados exclusivamente pelo Ministério Público, e a falta de defensor provocaria a nulidade dos atos. No caso brasileiro, a situação não é tão clara, visto que existem ainda opiniões que sustentam que a verdadeira defesa começa na etapa judicial e não na policial. Embora essa situação se encontre em transição considerando a progressiva "constitucionalização" do processo, o que se observou na pesquisa de campo foi a ausência quase completa de defensores nos atos em que se coletam depoimentos na fase policial, a saber:

> "[a publicação da detenção em fragrante delito e durante os] interrogatórios policiais. Dá-se o ato sem presença de um defensor, a quem, posteriormente, por imperativo legal, remete-se uma cópia dos autos de prisão em flagrante. Nesse contexto, os poucos interrogatórios policiais em que está presente um advogado são acompanhados por um advogado particular contratado

pelo acusado. Contudo, os delegados e advogados contaram nas entrevistas que, se o acusado estiver livre durante a investigação policial, o mais comum é que o advogado não acompanhe o interrogatório. Durante toda a pesquisa de campo, não se observou nem relatou nenhuma situação em que o delegado orientasse um acusado a ligar para um advogado.".

No caso argentino, a situação é variada já que, mesmo sendo um direito reconhecido formalmente pela legislação e pela jurisprudência, em alguns estados, a demora em permitir esse depoimento dá origem a interrogatórios "informais", nos quais esse direito não é respeitado.

4.2.4 Direito à entrevista reservada com o advogado defensor

A assistência obrigatória do defensor no interrogatório ou depoimento do acusado torna-se muitas vezes inefetiva se não existir o direito à entrevista prévia com o acusado, em condições nas quais se possa estabelecer na prática a relação de confiança e a segurança na confidencialidade. Nesse sentido, a Comissão Interamericana indica com precisão que isso significa que se devem providenciar instalações adequadas para que essa comunicação seja possível, seja nos fóruns, seja no próprio presídio se o acusado estiver detido. Não são aceitáveis condições de entrevista com o advogado em que a presença dos responsáveis pela custódia gere uma situação de coerção. Deve-se organizar uma comunicação reservada, isto é, sem interferência nem coerções como a descrita. Este é o critério principal que se expressa com o direito à entrevista reservada.

No caso da Guatemala, considera-se que esse direito constitui também uma obrigação dos procuradores, que devem garantir que existam condições físicas que permitam uma comunicação efetiva entre o defensor e o defendido. Essa situação é facilitada em locais (tribunais de plantão, alguns fóruns) onde sempre há defensores públicos disponíveis em um sistema de plantão. No entanto, isso também pode levar a uma consideração formal do direito de consulta. Embora se tenha avançado no reconhecimento formal de que essa possibilidade de comunicação reservada e sua proteção legal façam parte central do direito de defesa, existem ainda obstáculos práticos. Por exemplo, no caso do México, do questionário aplicado a pessoas imputadas que se encontravam em prisão preventiva no estado da Baixa Califórnia, algumas delas expressaram que, durante a visita de seu defensor, se encontrava perto alguma pessoa responsável pela sua custódia ou alguma autoridade. Essa afirmação é corroborada por um estudo recente que sustenta que as comunicações reservadas entre o defensor e seu cliente costumam ser difíceis e, inclusive, quando o acesso aos clientes detidos geralmente é permitido, continua sendo provável que as conversas

sejam escutadas; por isso, para garantir a privacidade dos advogados, estes costumam ter que realizar pequenos subornos aos guardas dos centros de detenção.

Embora, ainda no México, se esteja avançando na construção de cabines específicas para essa comunicação, ainda existem muitos obstáculos burocráticos que dificultam a comunicação livre. Deve-se destacar que, especialmente nos casos federais, essas cabines somente permitem a comunicação através de vidros, o que obriga a se gritar e impede o trabalho mais eficaz, em que devem ser revisados documentos ou atos judiciais para que o próprio acusado possa ter conhecimento do caso e fazer suas próprias anotações.

No Brasil, as dificuldades para realizar essa consulta e entrevista prévia ao depoimento são maiores, especialmente nos casos em que existe defensor público. Segundo o relatório, a maioria dos acusados entrevistados "relatou, de maneira recorrente, que não há contato dos defensores públicos com o acusado antes do dia da audiência; geralmente, o defensor e o assistido se conhecem nesse dia, na porta da sala de audiências". Por outro lado, também se destacou que muitas dessas entrevistas são realizadas em presença próxima de policiais responsáveis pela custódia ou em condições físicas e com pressa que tornam ineficaz esse direito. O caso da Argentina é mais problemático ainda. De acordo com o relatório desse país, os advogados entrevistados mencionaram que esse direito é "praticamente ilusório" quando o acusado está privado de liberdade.

Outros estudos do relatório mostram que 45% dos privados de liberdade não tiveram essa entrevista com o defensor. Os locais para as entrevistas nos centros de detenção não são adequados, pois estão separados por vidros e com intercomunicadores que não costumam funcionar. Muitas vezes, informam-nos, as entrevistas devem ser realizadas nas celas ou no pátio, próximos ou rodeados por outros detidos. Em Chubut, as entrevistas são realizadas nos escritórios da Defensoria Pública; em alguns lugares de Córdoba, costumam acontecer em espaços concedidos nas Procuradorias ou nos mesmos centros de detenção. Porém, em geral, pode-se dizer que, na prática, não se trata de um direito de cumprimento efetivo.

4.2.5 Direito a escolher e a contar gratuitamente com os serviços de um advogado quando não se pode arcar com os custos

Na região latino-americana, o que também foi indicado pelos países do presente estudo, tem-se constatado um aumento da abrangência legal e jurisprudencial do direito de defesa (sem esquecer as dificuldades práticas para implementá-lo), de tal modo que constitucionalmente encontra-se garantido. Além disso, nota-se um

aumento quantitativo e qualitativo da defesa pública penal. Sob diferentes modalidades organizacionais (sistemas de funcionários públicos ou de advogados contratados pelo Estado, ou sistemas mistos que combinam ambas as situações), o certo é que os relatórios dão conta de uma instituição que até há duas décadas praticamente não tinha presença real no sistema penal ou o que havia era apenas uma dimensão formal. Mesmo se tratando de uma instituição que ainda se encontra em processo de crescimento e sua realidade sendo diferente em cada país, é possível perceber que nos lugares onde mais tem se desenvolvido o sistema acusatório muda a situação da defesa pública. Por exemplo, "a Defensoria Pública da Baixa Califórnia (México) parece ter revertido de maneira importante a percepção negativa sobre ela".

Em entrevistas realizadas com funcionários locais e um pequeno grupo de pessoas privadas de liberdade, estas consideraram que os defensores públicos são mais ativos e confiáveis no exercício da defesa, à diferença do que ocorria no sistema inquisitivo. No caso da Guatemala, indica-se que, embora se tenham detectados alguns casos de despreparo, "o desempenho do Instituto de Defensoria Pública Penal (IDPP) é bem avaliado, em geral, entre juízes e procuradores". No Brasil, a situação do estado de São Paulo é de transição, tendo em vista que a criação da Defensoria Pública é recente (2006) e seu nível de abrangência ainda é baixo, razão pela qual seus serviços são complementados pelos advogados provenientes de convênio com a associação de advogados, sem que ainda exista um forte controle sobre esse mecanismo. Na Argentina, a situação é variável entre os diferentes lugares estudados. Chubut conta com uma defensoria autônoma e bem organizada; em Buenos Aires — o estado mais populoso da Argentina —, essa defensoria não é autônoma e, ainda que nos últimos anos tenha dado importantes passos no aumento no seu quadro de funcionários, ainda não chega a ter um funcionamento parecido ao de Chubut. Córdoba carece de autonomia e lá se observam maiores níveis de burocratização. Contudo, todos os relatórios indicam a existência de problemas comuns, como a falta de infraestrutura, desigualdades salariais em relação aos procuradores, um número de funcionários exíguo em comparação ao quadro de funcionários da procuradoria, problemas de organização dos métodos de supervisão, excesso de carga de trabalho que leva a uma defesa massificada (Brasil) e outras falhas que influenciam diretamente na efetividade da defesa, especialmente naqueles países onde elas são responsáveis por grande parte das defesas penais.

O direito a contar com um defensor assegurado gratuitamente pelo Estado encontra-se garantido legal e jurisprudencialmente em todos os países deste estudo. A ele se tem acesso por meio dos mecanismos de designação de defensores que as Defensorias Públicas têm ou por intermédio dos mecanismos complementares que

designam outros defensores, mas sempre de maneira gratuita para os acusados. Em termos gerais, o acesso é bastante amplo e as condições econômicas requeridas são avaliadas pela própria Defensoria Pública ou aplica-se um critério de designação universal de defensor, independentemente de que possa existir algum mecanismo de cobrança de honorários, nos casos em que quem recebe o serviço possui alguma capacidade econômica. De um modo ou de outro, não aparecem restrições na valoração econômica dos acusados que gerem problemas de acesso ao defensor; ao contrário, o problema é o excesso de trabalho que se origina de sistemas que tendem a ser universais, isto é, a tomar muitos mais casos do que podem atender; ou da falta de diversificação de serviços para diferentes classes sociais, como acontece na Colômbia.

4.2.6 Direito a que os advogados sejam regidos conforme parâmetros profissionais mínimos, a que devam ser orientados exclusivamente pelo interesse de seu defendido e sejam independentes

Segundo os padrões internacionais, o simples acesso a um advogado não pode ser considerado o único parâmetro de uma defesa efetiva. Tanto a Corte IDH quanto a Comissão estabelecem com clareza que a idoneidade e o profissionalismo do advogado constituem uma parte central dessa efetividade. Em especial, "o fato de a CIDH reconhecer o valor dos Princípios Básicos sobre a Função dos Advogados (PBFA), aprovados pelo Oitavo Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, celebrado em Havana (Cuba) do dia 27 de agosto ao dia 7 de setembro de 1990, implica que eles podem ser utilizados também como uma fonte de padrões, em particular no que se refere a problemas muito mais concretos do exercício da advocacia". Contudo, detectam-se problemas nessa dimensão, que não provêm já nem da lei nem da jurisprudência ou dos modelos de defesa públicos, mas sim de um modo mais direto *das formas tradicionais de exercício da advocacia, da falta de controle real sobre o serviço profissional e dos defeitos de base que se referem às deficiências na preparação universitária do advogado*.

Na Colômbia, existe uma enorme variação na qualidade do serviço, em grande medida como resultado de a defesa pública ter algum mecanismo (não muito estendido) de avaliação, enquanto na advocacia privada isso fica exclusivamente nas mãos dos próprios clientes, que não têm clareza sobre o que devem avaliar ou, quando sofrem as consequências, também não têm órgãos bem definidos para canalizar suas demandas pela insatisfação do serviço. Embora no caso da Colômbia exista uma evidente preocupação em estabelecer mecanismos de controle e, inclusive, atuações

administrativas, é difícil determinar o quanto esses sistemas influenciam na melhoria da qualidade da prestação do serviço. Especialmente quando o tribunal constitucional se preocupa em estabelecer critérios que permitam defender a independência da advocacia perante ingerências externas aos casos, introduzidas sob o pretexto da avaliação (o que vem acontecendo historicamente, por isso tem explicação).

No caso do Brasil, o relatório observa que, em termos gerais, os que têm acesso a advogados de confiança gozam de uma defesa de melhor qualidade. Dentro do sistema público, os defensores públicos são selecionados por concurso, o que lhes dá idoneidade, mas, logo, muitos ingressam em uma forma de trabalho massificada e, em grande medida, negligente a respeito do atendimento dos defendidos presos; aqueles advogados que provêm dos convênios com associações de advogados são os que mostram uma pior qualidade no serviço "devido a múltiplos fatores, mas principalmente porque não há nenhum critério de avalição da formação jurídica nem fiscalização do trabalho dos advogados vinculados ao convênio". Segundo o estudo, participam desse convênio advogados jovens, sem maior formação, ou, geralmente no interior, advogados generalistas, que aceitam a baixa remuneração, mas prestam serviços de pouca qualidade, inclusive deixando de exercer o direito ao recurso, por exemplo. Nessa modalidade de defesa, não há sistemas de orientação nem de controle sobre o trabalho do advogado; ainda, os jovens advogados provenientes de boas universidades, mas que carecem de experiência, são deixados ao acaso, o que prejudica o trabalho que prestam a seus clientes. Ainda que exista a possibilidade de invalidar os atos por falta de uma defesa criminal efetiva, isso dificilmente acontece na prática.

No caso argentino, indica-se que as duas principais causas para que haja defesas de baixa qualidade são: em primeiro lugar, a prática ainda propagada de subordinar o exercício da defesa a outros interesses que não são os do cliente. Por exemplo, acelerar o processo mediante formas abreviadas que nem sempre favorecem o defendido, evitar embates com procuradores e juízes, pensar mais na "atuação da justiça" do que no interesse do próprio cliente, isto é, a ideia de que o defensor faz parte do "sistema de justiça" faz com que ele acabe sendo um funcionário judicial antes de ser um representante do acusado. A segunda razão vem do exercício massificado por ausência de critérios claros na seleção de casos, pela falta de modernização das formas de trabalho das defensorias, de tal maneira que se realiza uma defesa que "acompanha" o trâmite e não uma defesa ativa. Também não se costuma diferenciar os defensores quando existe conflito de interesses entre vários acusados dentro de um mesmo processo. Isso leva a uma defesa comum mesmo onde haveria margem para defesas individualizadas.

4.3 Direitos ou garantias judiciais gerais, relativas ao julgamento imparcial

4.3.1 Direito à presunção de inocência

Como mencionamos, "a presunção de inocência não constitui propriamente um direito em si mesmo, mas sim a base genérica que permite organizar um sistema processual respeitoso das garantias previstas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH). Constitui a *base do sistema processual* e fixa o âmbito de atuação e proteção geral do acusado". Nesse sentido, goza de amplo reconhecimento legal e jurisprudencial nos países deste estudo. Tem raiz constitucional na Colômbia, México, Guatemala, Brasil e cláusulas mais genéricas vêm sendo interpretadas no caso argentino. Isso quer dizer que, na região, pode-se afirmar que o direito a ser presumido inocente tem uma ampla recepção legislativa de alto nível e uma proteção jurisprudencial adequada. O problema principal provém do fato de que o caráter tão geral da fórmula faz com que não se extraiam com clareza as consequências desse princípio.

Os relatórios nacionais dão conta das dificuldades dos sistemas de justiça criminal para sustentar coerentemente esse princípio. Como veremos, apresentam-se problemas a respeito do uso da prisão preventiva, das condições de encarceramento, da apresentação dos suspeitos nos meios de comunicação (México) e da consideração efetiva que o ônus da prova recai sobre a acusação; em geral, pode-se dizer que, mesmo existindo um uso generalizado desse princípio nas sentenças, no ensino e na consideração de todos os temas processuais, o certo é que muitas vezes fica no plano discursivo, como se não fosse um princípio operativo.

> Um problema que tem sido agravado nos últimos anos se refere à estigmatização de diversos setores em situação de vulnerabilidade (pessoas pobres, membros das quadrilhas jovens ["maras"] e gangues, e/ou adolescentes em conflito com a lei penal). Assim, é recorrente observar nos jornais ou em boletins eletrônicos da Polícia Nacional Civil imagens de detidos e depoimentos de funcionários do governo que anunciam a captura de "delinquentes" ou de "quadrilha de delinquentes". Além de apresentá-los publicamente algemados, às vezes os mostram visivelmente machucados; os mesmos agentes policiais obrigam os detidos a posarem para fotografias frente os meios de comunicação.

Essas práticas não são um simples produto do "sensacionalismo" de certos meios de comunicação; trata-se de práticas oficiais, utilizadas como técnicas específicas para orientar a opinião pública. A criação desses estereótipos de jovens delinquentes é cada

dia mais usual e promove um ambiente geral pouco favorável ao respeito de seus direitos, além de permissivo aos abusos policiais contra eles e outros setores análogos.

4.3.2 Direito a permanecer em silêncio ou a não depor contra si mesmo

O direito a não ser coagido a depor (sob nenhum modo de pressão ou, obviamente, de tortura) nem obrigado a responder a acusações ou outras formas semelhantes de submissão da vontade do acusado constitui uma das conquistas históricas em relação às práticas inquisitivas, ainda que a atualidade traga novas formas e sobrevivências dessas práticas nefastas. O reconhecimento desse direito encontra-se em todos os países, tanto no âmbito constitucional quanto na legislação processual. Nesse sentido, a Corte Constitucional da Colômbia estabelece que "o direito a permanecer em silêncio junto com o direito a não se autoincriminar constituem o núcleo essencial do direito ao devido processo". No caso do Brasil, embora até pouco tempo a legislação processual tenha mantido normas ambíguas sobre esse tema, tem sido consolidada uma visão constitucional que o respalda. No caso da Guatemala, o reconhecimento é amplo, tanto no âmbito constitucional quanto no legal; no caso argentino, existem previsões constitucionais.

Um dos problemas que têm sido detectados a respeito desse direito consiste em que se pode renunciar a ele ou, em geral, admitir-se que o depoimento livre e voluntário do acusado é um direito que pode ser exercido amplamente; também tem sido sustentado que isso implica que a confissão prestada sob essas condições é válida, por mais que existam regras que condicionem um pouco mais a utilização dessa confissão como única prova. O eixo se desloca, em consequência, à determinação de que a renúncia ao direito a permanecer em silêncio ou a não se autoincriminar foi ou não uma decisão livre do acusado. No caso da Colômbia, uma norma especial sobre esse ponto indica que, embora o indiciado ou processado possa renunciar seu direito a permanecer em silêncio, a legislação consagra uma proteção para que a renúncia não afete o direito de defesa. Esta consiste na obrigação imposta ao juiz de conhecimento de "verificar que se trata de uma decisão livre, consciente, voluntária, devidamente informada, assessorada pela defesa; para isso, será imprescindível o interrogatório pessoal do acusado ou processado". Nos outros países, as normas não são necessariamente tão precisas, mas se entende que os juízes de garantias têm que zelar pela custódia de que toda renúncia aos direitos do acusado não seja o resultado de vícios do consentimento. Como mostra o relatório da Argentina, essa custódia realiza-se "pela metade" já que existem muitos

casos, inclusive quando se renuncia ao julgamento oral em si, nos quais os juízes não se atentam de modo suficiente para a liberdade do consentimento.

Outro ponto fraco desse direito provém da prática de dar primazia aos depoimentos iniciais do indiciado, em que seu nível de conhecimento sobre seus direitos é menor ou a compreensão dos problemas envolvidos é imperfeita e, portanto, as possiblidades de que manifeste "livremente" informação que lhe prejudique é maior. Por mais que modifique seu depoimento — em particular depois de ter uma maior assessoria de seu defensor —, em geral, a jurisprudência consolida a primeira versão. No caso do México, essas situações ocorrem principalmente no Distrito Federal, onde ainda existem casos de confissões obtidas sob tortura, que não podem ser considerados excepcionais, ainda que consistam em formas encobertas ou em práticas de intimidação ou maus-tratos "admitidas" na polícia. Uma situação semelhante é descrita no relatório da Argentina, onde, além disso, se consolida o primeiro depoimento, de tal maneira que é introduzido imediatamente no julgamento mediante a leitura da ata, em prejuízo do depoimento na presença do acusado.

4.3.3 Direito a permanecer em liberdade durante o processo enquanto se espera pelo julgamento

Na terminologia da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), existe "a obrigação estatal de não restringir a liberdade do detido além dos limites estritamente necessários para assegurar que este não impedirá o desenvolvimento eficiente das investigações nem se furtará à ação da justiça" (*tradução nossa*). Isso envolve, por um lado, reconhecer que se trata de uma medida de difícil justificativa em sistemas que proclamam a presunção de inocência; por outro, um mecanismo que ainda nenhum sistema processual deixa de utilizar por completo. Por isso, a mesma Corte sentencia que se trata da "medida mais severa que pode ser aplicada ao acusado de um delito, motivo pelo qual sua aplicação deve ter um caráter excepcional em virtude de que se encontra limitada pelos princípios de legalidade, presunção de inocência, necessidade e proporcionalidade, indispensáveis em uma sociedade democrática" (*tradução nossa*). Em todos os países do presente estudo, estabelece-se um reconhecimento formal do direito a permanecer em liberdade ainda que, na legislação processual, esse direito seja relativizado mediante cláusulas legais que tornam obrigatória a prisão preventiva ou estabelecem motivos diferentes dos que a jurisprudência internacional reconhece como únicos válidos. Se no plano da discussão formal esse direito tem problemas e limitações, muito mais persistem na prática concreta dos sistemas.

No caso da Argentina, o relatório nos mostra que a aplicação indiscriminada da prisão preventiva é, ao contrário do que dizem as normas, a regra de funcionamento do sistema. "O estado de Buenos Aires abriga quase a metade da população privada de liberdade do país (28.878 pessoas) e, pelo menos 60% dos detidos não têm sentença transitada em julgado. A situação é relativamente parecida em Córdoba, onde 50,8% das 5.375 pessoas detidas não têm sentença. Em contrapartida, em Chubut, somente 29% dos detidos estão nessa situação, bem abaixo da média nacional". Como se pode notar, embora o abuso da prisão preventiva seja ainda um mal endêmico, já existem situações nas quais se reduziu consideravelmente o uso indiscriminado desse instrumento. Por mais que não se possa dizer que a regra seja o princípio inverso ao direito de estar em liberdade, já se pode afirmar que os abusos e descumprimentos desse princípio constituem um mal estendido e aceito, em uma situação distante dos padrões internacionais. Além disso, deve-se considerar que esse abuso da prisão preventiva não somente é um mal em si mesmo, mas também que implica deteriorações em todo o exercício de defesa, agravadas pelo excessivo prolongamento da prisão.

Na Guatemala, destaca-se uma tendência a estabelecer por via legislativa casos nos quais a prisão preventiva é obrigatória, fundada na gravidade da qualificação legal. Em outros casos, justifica-se em dificuldades para identificar as pessoas que mudam sua identidade quando são reincidentes. Embora se reconheça que a prisão preventiva venha sendo utilizada de um modo crescente somente para delitos graves, ainda se detectam casos de utilização em delitos menores, o que demonstra que os operadores do direito ainda têm certa cultura de preferir que o processo seja desenvolvido com o acusado detido. Algo semelhante é indicado pelo relatório do Brasil, sem contar com dados muito precisos sobre a quantidade de pessoas submetidas à prisão preventiva. No caso do México, notam-se desigualdades no funcionamento entre os estados que mantêm o anterior sistema (Distrito Federal), nos quais, na realidade, o acusado deve lutar por sua liberdade, o que não se consegue nos delitos graves; e aqueles, como a Baixa Califórnia, onde já se estabeleceu com clareza o direito a permanecer em liberdade e se avança na utilização mais precisa das medidas alternativas.

No caso da Colômbia, a Corte de Constitucionalidade estabelece parâmetros muito similares aos padrões internacionais, e a legislação constitucional e processual é clara ao estabelecer o princípio básico de permanecer em liberdade. Por isso, o relatório destaca que "em termos quantitativos, a prisão preventiva não é a regra na Colômbia — somente em 2 de cada 10 casos pelos quais houve imputação, entre 2005 e 2012, impôs-se a prisão preventiva". Isso não quer dizer que não existam algumas formas de abuso, como nos casos que suscitam comoção social e maior difusão nos

meios de comunicação. Nessas situações, a pressão sobre os juízes é mais forte e isso faz com que estes prefiram manter preso o acusado a se verem submetidos a fortes críticas públicas, que podem levar a processos disciplinares ou destituições. Ainda não existem na Colômbia — nem em nenhum dos países deste estudo — mecanismos que protejam os juízes das pressões nessas circunstâncias.

4.3.4 Direito a estar presente no julgamento e a participar dele

Em um primeiro momento, vimos que o direito a estar presente no julgamento não tem sido objeto de pronunciamentos especiais. Talvez porque no contexto latino-americano não exista uma prática ampla do julgamento à revelia, pelo menos formalmente, tendo em vista que tem sido comum que, ainda com o acusado detido, sejam realizados julgamentos com a presença única do defensor. Mas também mencionamos que toda a doutrina da Corte IDH tende a fortalecer a posição do acusado como sujeito real e protagonista do processo e que isso envolve necessariamente sua participação direta no julgamento. Seja por meio dos direitos de defesa pessoal, seja mediante a admissão da prisão preventiva para assegurar a presença do acusado (ainda que isso não seja feito pensando em seus direitos, mas sim na efetividade da justiça), o certo é que ficaria sem sentido rodeá-lo de tantos direitos concretos e não deste em particular, manifestação direta do exercício individualizado de defesa.

Contudo, admitem-se exceções que suscitam medidas de proteção. No caso da Colômbia, a mesma Corte Constitucional indica as condições que permitem o julgamento em ausência, o que implica um aumento das garantias e responsabilidades do defensor. O mesmo ocorre com atos de investigação aos quais se deve proceder inclusive sem a presença do acusado (antecipação de provas etc.); nesses casos, prevê-se a participação especial da Defensoria Pública. No entanto, o cumprimento dessas proteções especiais é de difícil avaliação visto que, como assinalamos, o controle sobre a qualidade da defesa recai, primeiramente, sobre o próprio acusado.

Na Guatemala, a presença do acusado está garantida por previsões constitucionais, e a legislação processual não permite o julgamento à revelia. Além disso, as regras de imediação alcançam o imputado, que tem direitos formais a estar presente em todos os atos da audiência. Desde 2011, conforme o relatório desse país, existem previsões especiais para os casos mais graves, em particular de crime organizado, em que há graves razões de risco e segurança, tanto para o acusado quanto para outros interventores no processo. Nesses casos, contudo, tem-se optado por adotar maiores

medidas de segurança ou proteções especiais para o acusado em cabines especiais a fim de assegurar sua presença no julgamento.

No Brasil, embora a lei permita os julgamentos a revelia, não existe uma prática muito ampla sobre isso. Além disso, em todos os casos, constata-se a presença de um advogado. Nas últimas reformas, permitiu-se a participação por videoconferências, mas os advogados não costumam aceitar essa solução com frequência. No caso argentino, não é permitido o julgamento à revelia. Podem ser realizadas medidas de preparação e a validade dependerá da participação de um defensor de ofício, ainda nos casos de acusado não individualizado. Em geral, as normas processuais de tipo acusatório permitem que o acusado seja o último a se dirigir aos juízes. O uso desse direito é muito variável e depende das estratégias dos advogados. Lembremos, contudo, que altas porcentagens de acusados são pessoas de baixo nível de escolaridade, e tem dificuldade de entender o desenvolvimento do julgamento, na medida em que este se realiza de um modo formalista e mediante uma linguagem de difícil compreensão.

4.3.5 Direito a que as decisões que afetam o acusado sejam motivadas em fundamentos razoáveis

Assim como sustenta a Corte IDH, "a argumentação de uma sentença deve mostrar que foram devidamente consideradas as alegações das partes e que o conjunto das provas foi analisado" (*tradução nossa*). Também a motivação mostra às partes que estas foram ouvidas e, naqueles casos em que as decisões são recorríveis, é proporcionada a elas a possibilidade de criticar a resolução e conseguir um novo exame da questão perante instâncias superiores. Portanto, o dever de motivação é uma das "devidas garantias" incluídas no artigo 8º, parágrafo 1º, para salvaguardar o devido processo. Vemos, pois, que, embora não tenha respaldo normativo em nenhum artigo expresso da CADH, se considera que faça parte dos direitos fundamentais a realização de um julgamento imparcial, justo e submetido ao devido processo legal. Isso vale para todas as decisões judiciais que restrinjam direitos ou resolvam um litígio entre as partes.

Em termos gerais, as novas legislações processuais, de tipo acusatório, incluem normas que obrigam a fundamentar as sentenças. Além disso, decisões dos tribunais superiores entendem, como mostram os relatórios, que isso faz parte do conjunto de direitos que conformam a defesa em julgamento. No caso argentino, o relatório indica que, ainda assim, é bastante usual que decisões importantes, como o ditame da prisão preventiva, sejam realizadas mediante formulários que não têm nenhum tipo de fundamentação. Outro fato significativo refere-se às decisões que individualizam a

pena dentro das escalas penais. A respeito desse ponto — crucial dentro das decisões judiciais —, é muito usual a utilização de frases prontas, literalmente copiadas de outras decisões e que não contribuem com nenhuma informação nem desenvolvem nenhum argumento.

No caso do Brasil, a obrigação de fundamentar as decisões encontra-se na própria Constituição Federal de 1988. Isso se cumpre geralmente nas sentenças definitivas, mas não é usual em outras decisões, como as relativas à prisão preventiva. Recentemente, modificou-se a legislação ao obrigar a dar fundamentação à decisão policial de iniciar um procedimento de investigação a respeito de uma pessoa determinada. No caso da Guatemala, também se entende que existe a obrigação constitucional de motivar, e que isso pode ser feito tanto por escrito quanto oralmente, ficando ambos registrados. No relatório, não se encontraram evidências de que exista um descumprimento significativo desse mandado, por mais que tenham aparecidosregistros pontuais de descumprimento. Semelhante é a situação no México, onde, tendo em vista a transição entre sistemas, ainda existe uma disputa sobre se são admissíveis as fundamentações orais de certas decisões (não das sentenças). Alguns juízes reconheceram questionamentos baseados na falta de fundamentação escrita, mas ainda não se consolidou uma jurisprudência nesse sentido. A Suprema Corte tem se preocupado em definir com maior precisão o que se deve entender por uma decisão fundamentada. Na Colômbia, mesmo não havendo norma constitucional expressa, considera-se como parte inseparável do devido processo; a legislação processual tem se preocupado em estabelecer a motivação tanto das sentenças quanto de outras decisões que afetam o direito do acusado.

4.3.6 Direito a uma revisão integral da sentença condenatória

Mencionamos neste estudo que a CIDH tem se preocupado em estabelecer com clareza que a possibilidade de uma revisão integral da sentença condenatória é parte central do direito de defesa e, dessa maneira, obriga a modificar a doutrina tradicional dos recursos, que admitia uma revisão parcial e técnica da condenação, e deixando fixos os fatos estabelecidos na primeira instância. Os sistemas processuais novos ainda não assimilaram plenamente essa jurisprudência. Nos sistemas antigos em que, de fato, a apelação significava "voltar a ler o processo", a ampliação do recurso prevista pela Corte não tem gerado crise. É o caso do Distrito Federal do México, onde efetivamente a legislação processual facultava ao juiz de segunda instância a valorar completamente de novo a prova antes produzida. Nos sistemas novos, ainda é necessário ajustar os novos recursos, atados à tradicional forma da cassação ou nulidade, que somente permitia

corrigir os defeitos legais ou processuais, não valorar novamente a prova que já tinha sido produzida oralmente.

A Suprema Corte Argentina segue expressamente os precedentes da CIDH ao determinar que são aplicáveis a seu sistema judicial. Embora isso tenha começado a desencadear um processo de gradual abertura do recurso e de diminuição dos requisitos formais, ainda não se pode dizer que exista um cumprimento integral dos padrões internacionais. Em contrapartida, a demora no trâmite desses recursos ainda é um problema grande, o que gera, como também indica o relatório da Guatemala, casos nos quais a Defensoria Pública deve intervir porque os custos do processo se tornaram excessivos, inclusive para quem antes já tinha um advogado particular.

4.4 Direitos vinculados à defesa criminal efetiva

4.4.1 Direito a investigar o caso e a produzir provas

A defesa criminal não pode ficar limitada a um conjunto de direitos sem importar as condições reais que permitam seu exercício. Ainda que a ampliação do reconhecimento formal desses direitos e a maior precisão que hoje existe sobre seu alcance não deixem de ser um avanço que deva ser apreciado, também é obrigatório enfocar-se na possibilidade de concretizar esses direitos de tal modo que as possibilidades de sucesso da defesa não sejam uma ilusão. As legislações processuais dos países deste estudo outorgam poderes suficientes ao acusado e ao defensor, não somente para contestar a prova oferecida pela acusação, mas também para oferecer prova própria que debilite a apresentada pela acusação ou que fundamente uma defesa ativa e positiva. O defensor pode propor meios de prova a todo momento, independentemente das etapas processuais nas quais deve-se acompanhar a lista definitiva de provas. A legislação estabelece que o acusado deve contar com auxílio de outras instituições, sejam os próprios procuradores, seja o auxílio judicial direto.

No entanto, ainda não é fácil que os defensores possam realizar investigações de modo efetivo.

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

Na Guatemala, por mais que a Defensoria Pública conte com alguns investigadores próprios, estes são totalmente insuficientes para garantir uma atividade efetiva de busca de prova. A lei processual dá-lhes o direito de propor meios de prova, mas ficam subordinados a que o Ministério Público tenha disposição de realizá-las. Isso leva as defesas a serem somente críticas a respeito do material acusatório, sem possibilidade de sustentarem-se em provas próprias. À parte da Defensoria Pública, salvo os casos de acusados com alto poder aquisitivo, a grande maioria, embora possa pagar por um advogado particular, dificilmente poderá arcar com os gastos de investigações particulares ou perícias, se estas forem complexas.

No caso do Brasil, o relatório também mostra que as possibilidades de produção de prova por parte da defesa ainda são menores do que nos dois casos indicados anteriormente. Algo similar ocorre na Argentina, com exceção do estado de Chubut; em geral, nos sistemas estudados desse país, as possibilidades reais de realizar investigações autônomas são muito escassas; não somente pela carência de meios — indica o estudo —, mas também porque os advogados tendem a defesas passivas e não aproveitam as ferramentas legislativas que lhes são permitidas apresentar, pelo menos, testemunhas de defesa ou outros elementos probatórios cuja busca não é tão complexa.

4.4.2 Direito a contar com suficiente tempo e possibilidades para preparar a defesa

A legislação processual usualmente estabelece prazos para que as partes, em geral, e os defensores, em particular, possam preparar suas apresentações. Alguns poucos dias para as apresentações incidentais e tempos mais longos para preparar a defesa em julgamento. No entanto, o relatório da Colômbia mostra que muitos defensores relatam casos nos quais mal tiveram tempo para se encontrarem com seu assistido antes que começasse a audiência. Inclusive, no caso da Guatemala, isso acontece porque os agentes policiais limitam, sem razão, a entrevista que deve ter o defensor a tempos extremamente curtos. Ou, como se verifica no Brasil, essa entrevista ocorre minutos antes da audiência e na presença da polícia.

Quanto às facilidades materiais para a preparação da defesa, em especial no que se refere aos espaços para as entrevistas e para a revisão de documentos, demonstra-se que isso envolve um problema maior, principalmente quando se trabalha com pessoas detidas, já que a entrevista no presídio é algo desalentador, de muito tempo de espera, realizada em condições inadequadas para uma conversa curta; e muito menos se se tratar de uma longa sessão de trabalho com o defendido. Em consequência, embora

o tempo não seja um grande obstáculo para preparar a defesa, as possibilidades reais de contar com elementos para realizá-la são (desde as condições fáticas para as entrevistas até a possibilidade de ter espaços para interrogar testemunhas). Nos casos de defesa pública, isso depende do grau de infraestrutura que se dispuser e dos recursos para deslocar-se dentro do país ou pagar as passagens de testemunhas ou contratar investigações. Como vimos, essa situação é variável nos países, mas, em termos gerais, pode-se dizer que a desigualdade de recursos entre os procuradores e os defensores públicos é muito grande.

4.4.3 Paridade de armas na produção e no controle da prova e no desenvolvimento das audiências públicas e contraditórias

As regras do jogo básicas dos novos sistemas acusatórios giram ao redor da força do princípio do contraditório, isto é, dos poderes reais das partes de examinarem e contraexaminarem a prova. Nesse sentido, a nova legislação processual estabelece com clareza esse princípio, e um de seus elementos principais consiste em preservar o juiz como o ator que, de um modo imparcial, assegura as regras desse jogo contraditório ao zelar pela paridade de condições para se exercê-lo. No entanto, ainda muitos códigos permitem que os juízes introduzam prova de ofício ou realizem interrogatórios que supram a atividade das partes. Mesmo nas legislações que não a aprovam ou não autorizam especificamente, a prática do antigo sistema continua presente. Em geral, essa atividade se realiza para suprir deficiências na prova da acusação, em especial quando isso levaria a uma absolvição com custos sociais ou repercussão nos meios de comunicação.

No caso argentino, indica-se que o predomínio dos procuradores começa a manifestar-se de um modo mais intenso nas etapas preparatórias, em que os juízes de garantias (*jueces de control*) tendem a dar a razão aos acusadores. Por outro lado, na medida em que os juízes são muito inclinados a deixarem incorporar como prova as atas e os registros de depoimentos realizados durante essa etapa preparatória, acentua-se a falta de um verdadeiro contraditório. Essa situação agrava-se quando se trata de certos casos, como o de ofensas sexuais, em que a utilização de certos mecanismos antecipatórios dos depoimentos, somados às limitações à apresentação em julgamento público das vítimas, debilitam a possibilidade do acusado de contraexaminar a prova. No Brasil e na Guatemala, reconhece-se formalmente que há faculdades para contradizer a prova e oferecer a própria, mas as limitações práticas que existem são semelhantes e consequentes das outras restrições materiais que já foram assinaladas.

No México, "a falta de acesso oportuno aos documentos produzidos pelo Ministério Público durante a detenção administrativa no Distrito Federal constitui um dos fatores que mais afetam esse direito em etapas processuais posteriores". Além disso, o relatório assinala que, embora a Suprema Corte tenha indicado que "é inadmissível que os meios de prova da mesma índole — oferecidos por ambas as partes — tenham um padrão de valoração diferente, segundo se tratar do órgão ministerial ou do acusado visto que isso atenta contra as garantias de justiça imparcial, de equidade processual e de correta fundamentação e motivação"; existe tal falta de normalização a respeito dos padrões de valoração probatória que os juízes podem fazê-lo de maneira mais arbitrária, geralmente abusando da prova circunstancial ou indiciária.

No caso da Colômbia, a Corte Constitucional tem se preocupado em definir com precisão esse princípio, ao estabelecer que se deve entender:

> "[n]ão somente como a possibilidade de contestar a outra parte em paridade de condições (princípio do julgamento justo ou equitativo), mas também como procurar a participação do acusado no processo, em condições que corrijam o *desequilíbrio* entre os meios dos quais este dispõe e dos quais o procurador ou acusador dispõe, que são claramente superiores".

Com base nisso, esse princípio é considerado pelo tribunal constitucional como uma parte essencial do direito de defesa e do devido processo. Por essas razões, é prestada a ele especial proteção no momento da "descoberta" da prova por parte dos acusadores, o que permite que a defesa não seja surpreendida com as provas acusatórias; bem como se entende que o princípio de paridade de armas depende da capacidade de obter provas de um modo autônomo por parte da defesa, como se analisou no ponto anterior. Pode-se concluir — segundo o relatório — que no âmbito normativo existem garantias para a paridade de armas. "Contudo, esse balanço não é tão claro na prática, especialmente no que se refere à etapa investigativa".

4.4.4 Direito a contar com um intérprete de sua confiança e à tradução dos documentos e provas

Ao longo deste trabalho, vimos como é prestada uma especial consideração e importância a que o acusado seja uma pessoa *suficientemente informada a respeito de sua situação, das consequências dela, de seus direitos e dos instrumentos práticos com que conta para melhorar sua situação*. Também vimos que se pode caracterizar a justiça

criminal como um espaço no qual a comunicação é difícil por conta de abuso dos tecnicismos, dos jargões desnecessários, da predisposição ao segredo, da falta de transparência e do pouco interesse em contar com um acusado informado e que possa exercer seus direitos. Disso advém a importância que a CIDH preveja o direito a contar com um intérprete quando todas essas características são agravadas pelas dificuldades de compreensão do acusado.

Na Guatemala ou no Brasil, a maior relevância desse direito relaciona-se com os povos indígenas e com a diversidade cultural, tema que será objeto de um ponto especial neste trabalho. A legislação garante a possibilidade de contar com intérprete de confiança ou que seja proporcionado um de ofício e, em geral, não se encontraram violações desse princípio. Diferente é a situação que se apresenta na Colômbia, onde essa garantia está prevista, mas não passa de um reconhecimento formal, dado que não existem nem programas nem orçamentos específicos para isso, e que somente se torna efetiva quando o acusado consegue intérprete por seus próprios meios, o que é excepcional. Nos outros casos, os juízes relatam que se encontram em um dilema: anular o processo — o que não é fácil em casos graves — ou continuar ainda quando sabem que o acusado não está suficientemente informado.

Na Argentina também existe suficiente reconhecimento formal desse direito. Em termos gerais, os entrevistados sustentaram que, nos poucos casos nos quais precisaram, não tiveram problemas em conseguir um intérprete pago pelo mesmo Poder Judiciário. No entanto, vem aumentando o número de estrangeiros envolvidos e, em alguns casos, é difícil encontrar um intérprete ou, outras vezes, não se percebe que em realidade se trata de indivíduos pertencentes a povos indígenas, como é o caso dos acusados bolivianos.

5. Problemas especiais

5.1 Defesa durante a execução da pena

Uma característica especial da região latino-americana, a qual não é alheia aos países do presente estudo, é a grave crise das condições carcerárias. Péssima infraestrutura, superlotação, violência institucionalizada, debilidade das políticas de reinserção social, falta de separação entre processados e condenados, e entre diferentes tipos de condenados, ausência de programas de saúde, escassa alimentação, maus-tratos dos visitantes e familiares etc., são variáveis de uma situação que afeta a dignidade,

que tem sido qualificada por diversos organismos internacionais como uma grave violação dos direitos fundamentais e da finalidade do encarceramento estabelecida nos pactos de direitos humanos. Por isso, ganha especial relevância o exercício dos direitos de defesa durante a execução da pena, em particular quando o sistema disciplinar é utilizado de um modo arbitrário e isso tem uma influência direta na obtenção dos benefícios de liberdade ou saídas antecipadas.

A legislação processual e a jurisprudência entendem que o direito a contar com um defensor persiste durante a execução da pena, pelo menos no que se refere à obtenção de liberdade condicional ou outros benefícios análogos. Não está tão clara a situação no processo disciplinar interno, em que podem existir defensores, mas no qual não se entende que seja uma condição de validade do processo disciplinar. Isso ocorre porque os primeiros casos normalmente são levados perante um juiz especial (juiz de execução) ou perante os tribunais que ditaram a sentença. Em compensação, o segundo caso é levado somente perante as autoridades penitenciárias. Contudo, algumas legislações (Argentina) permitem apelações dessas sanções perante o juiz ou utilizam-se de outros mecanismos (habeas corpus) para conseguir a revisão quando são de especial gravidade ou afetam os direitos.

No caso da Guatemala,

> "[o] processo e execução é notoriamente deficiente. Isso porque não existe um autêntico processo oral e contraditório, em que subjaz informação para tomar decisões. Baseia-se mais na valoração de relatórios do sistema penitenciário (processos gigantescos, avaliados por grupos interdisciplinares que muitas vezes nem sequer se encontram permanentemente nos centros ou em contato com o privado de liberdade). Além disso, existem somente três tribunais colegiados de execução em todo o país (seis julgadores no total), responsáveis por 7.449 pessoas sentenciadas (segundo dados oficiais da Direção-Geral do Sistema Penitenciário —DGSP— para junho de 2013), fazendo com que a cada julgador caibam aproximadamente 1.246 pessoas. Cada pessoa privada de liberdade requererá durante o tempo em que estiver sentenciada uma redução de penas por bom comportamento, solicitações várias (para sair do centro, por exemplo) ou transferências."

Nessa situação, que não é muito diferente à de outros países, o exercício real dos direitos de defesa durante a execução torna-se ilusório. A debilidade do sistema judicial de controle da execução de penas, a superlotação endêmica das penitenciárias e a ausência de verdadeiras práticas públicas e de contraditório, somadas à escassa compreensão social e até acadêmica sobre os "direitos dos reclusos ou condenados", fazem com que, nesse campo, a vigência do direito de defesa seja especialmente fraca.

5.2 Situação dos povos originários

Em toda a região latino-americana e, em particular, naqueles países que contam com grandes parcelas da população pertencentes direta e atualmente a povos originários, há uma preocupação especial nos últimos anos em ajustar o funcionamento do sistema judicial às condições próprias de sua cultura a fim de incorporar, de um modo eficaz, as instituições políticas que regem a vida social desses povos. No caso do processo penal, isso significa uma abertura à diversidade cultural, que obriga importantes adaptações em suas formas ordinárias de funcionamento.

Em primeiro lugar, existe uma preocupação pelo tema linguístico, que vai além do direito a contar com um intérprete. Em países como o México ou a Guatemala, o uso extensivo das diversas línguas indígenas torna o tema mais complexo ainda. Embora isso tenha ocorrido e aumentado o reconhecimento formal dos direitos dos povos indígenas, o relatório ressalta que, nos processos penais, "os indígenas são as pessoas que mais têm seus direitos processuais violados, como o de serem julgados em sua própria língua ou contarem com um intérprete e tradutor em qualquer momento do processo".

No caso da Guatemala, a situação é semelhante. A partir de uma visão geral, indica-se que a justiça penal em seu conjunto não está preparada para enfrentar a realidade pluricultural do país. Embora, desde a ratificação da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e outros instrumentos internacionais, se possa dizer que existem ferramentas legais para enfrentar essa tarefa, o certo é que

> "[n]a prática não se observa o direito de defesa criminal eficaz das pessoas pertencentes aos povos indígenas visto que, no processo penal, elas são submetidas a delitos que, para elas, não tem esse significado, sendo condenadas com penas que não têm uma pertinência cultural. Além disso, são julgadas em um idioma que não é o seu, embora o reconheçam. Ainda que não existam instituições especializadas que ofereçam assessoria jurídica penal gratuita a acusados pertencentes a povos indígenas, o IDPP conta com uma unidade (defensorias indígenas) que, em grande medida, compartilha esses critérios e zela para que sejam reconhecidos, por mais que procuradores e juízes não os considerem devidamente nem haja uma política nacional para sensibilizar os funcionários sobre a matéria."

Em particular, um dos problemas centrais consiste em que não se deve vincular o tema à existência ou não de um intérprete. O uso da língua nativa no processo penal é determinante. No caso da Guatemala, é possível propiciar o julgamento nos idiomas originários porque existem cada vez mais funcionários em condições de fazê-lo ou porque esse conhecimento pode ser estabelecido como requisito para preencher determinadas vagas de trabalho.

Nos casos do Brasil e da Argentina, não existem comunidades indígenas com a extensão e magnitude dos outros países, mas isso não significa que o problema não exista ou não tenha relevância. No estado de São Paulo, onde foi realizada a pesquisa, praticamente não aparecem problemas relativos a essas comunidades; isso é um problema que surge predominantemente nos estados do Norte do Brasil. Contudo, nos poucos casos em que foi detectado, foi notável que o acusado participava do processo em desvantagem pela falta de sensibilidade cultural e a quase impossibilidade de compreender as alternativas do processo. No caso argentino, mesmo com as previsões constitucionais de respeito às culturas dos povos indígenas, não existem previsões expressas no que tange à justiça penal, salvo no caso de Chubut, que reconhece essa diversidade e remete à Convenção 169 da OIT. É nesse mesmo estado onde existe, pelo menos, uma área especial dentro da Defensoria Pública para atender aos casos vinculados aos povos originários. Nos demais casos, os funcionários não receberam nenhum tipo de orientação ou aperfeiçoamento nesse sentido. Nos últimos tempos, veem-se iniciativas não estatais que tendem a organizar e vincular todos os advogados especializados em defesa dos direitos indígenas (Associação de Advogados e Advogadas de Direitos Indígenas). À parte desses esforços pontuais, a situação é semelhante à dos outros países. Os acusados pertencentes a povos indígenas constituem um setor especialmente desfavorecido dentro das práticas da justiça penal; os tradicionais problemas de falta de informação e compreensão são agravados visto que, geralmente, abrangem a dupla qualidade de pessoas de baixos recursos econômicos e membros de uma comunidade indígena (Colômbia).

6. Conclusões

Em capítulo específico, serão apresentadas as conclusões particulares da situação de cada país deste estudo e as conclusões gerais da pesquisa em seu conjunto. Quanto ao tema deste capítulo, elencamos algumas considerações.

A. Nas duas últimas décadas, tem sido produzido um maior reconhecimento formal do conjunto de direitos relacionados com a defesa criminal, vinculados ao processo de revisão da legislação processual antiga, de cunho inquisitivo. Também a jurisprudência tem avançado na reafirmação e delimitação desses direitos. Pode-se dizer que, em termos de reconhecimento formal, a distância entre os padrões internacionais, fixados especialmente pelo sistema interamericano de direitos humanos, e as realidades dos países

pesquisados não é muito grande e, em todo caso, permitiriam um exercício amplo do direito de defesa.

B. Na prática, essa brecha aumenta consideravelmente. Em primeiro lugar, porque o que ocorre predominantemente no sistema penal no que se refere a acusados de baixos recursos econômicos e de baixa instrução dificulta a compreensão de sua situação e o conhecimento de seus direitos. Em segundo lugar, porque não existe, por parte dos operadores do direito, um compromisso claro em remediar essa situação de falta de compreensão e informação; ao contrário, pensa-se mais no cumprimento formal das comunicações para evitar a nulidade de atos do que no efeito real dessa comunicação.

C. O crescimento quantitativo e qualitativo das organizações da Defensoria Pública aparece como um meio idôneo para superar essa brecha, ainda que muitas delas se encontrem em uma situação de desvantagem quanto aos recursos institucionais, de apoio técnico, orçamentário e de apoio político e social com que contam os procuradores e a polícia.

D. Contra a redução do hiato entre os padrões internacionais e as práticas concretas, também conspira um exercício da advocacia — tanto pública quanto privada — pouco profissionalizado, controlado e muito apegado às velhas rotinas, que inclusive já se converteram em práticas contrárias às leis, mas que continuam sendo sustentadas, como se a legislação não tivesse mudado.

E. Todas essas situações detectadas encontram-se agravadas quando se trata de pessoas ou grupos com necessidades ou com características especiais e, principalmente, quando são membros de povos indígenas.

F. Pode-se concluir que o cenário demonstrado nesta pesquisa pode ser revertido com *ações positivas concretas*. Pode-se demonstrar que a realidade da defesa — embora ainda seja insatisfatória e, em alguns lugares, crítica — vem sendo modificada e ampliada nos últimos anos; isso significa que existem variáveis sobre as quais se pode trabalhar para reduzir de um modo concreto a distância que hoje se percebe entre o que o sistema interamericano considera uma defesa criminal efetiva e o que realmente ocorre em muitos dos casos que tramitam na justiça penal.

Alberto Binder
Ed Cape
Zaza Namoradze

CAPÍTULO 10. APERFEIÇOANDO O ACESSO À DEFESA CRIMINAL EFETIVA

1. Introdução

A América Latina está passando pelas mais importantes reformas nos seus sistemas e procedimentos da justiça criminal dos últimos dois séculos. As reformas, embora com particularidades entre as jurisdições, são caracterizadas por uma mudança de direção do inquisitorialismo dos códigos pré-napoleônicos (em que a investigação dos delitos é judicial e os julgamentos são formais e escritos) a uma abordagem mais acusatória, em que a responsabilidade pela investigação é da polícia ou do procurador, que reconhece a importância das garantias processuais dos suspeitos e acusados, e na qual os julgamentos são conduzidos em público e baseados no princípio da oralidade. Ainda que o ritmo da mudança tenha sido rápido por toda a América Latina, os diferentes países e regiões dentro deles estão em estágios de desenvolvimento variados da adoção da legislação e dos procedimentos necessários, assim como da extensão pela qual essas mudanças têm sido incorporadas às práticas e culturas das instituições e dos funcionários da justiça criminal.

Dentro desse contexto, o objetivo deste estudo foi o de examinar a defesa criminal efetiva em seis países da América Latina com base nos padrões normativos regionais, em particular aqueles encontrados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), como interpretada pela Comissão dos Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Mas, além disso, também procuramos interpretar nossas descobertas com base no direito à imparcialidade de julgamento garantido pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)

como é interpretada pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CtEDH). Havia três razões específicas para essa abordagem. Em primeiro lugar, no geral, a CEDH e a CADH têm muito em comum na maneira como reconhecem o direito às garantias judiciais, em geral, e às garantias processuais, em particular. No entanto, por diversas razões, a CtEDH tem um maior acervo jurisprudencial em relação a alguns desses direitos. Em segundo lugar, a maioria dos estados signatários da CEDH adotou a tradição processual inquisitorial, que se desenvolveu de diversas formas em diferentes jurisdições, porém outros estados signatários adotaram a tradição do sistema acusatório, situação que obrigou o CtEDH a desenvolver uma jurisprudência que tivesse relevância para as distintas tradições processuais. Em terceiro lugar, as reformas processuais na América Latina se espelham, em alguns aspectos, naquelas que aconteceram em países do antigo "Bloco Soviético" e por um período similar. De uma forma ampla, aqueles países também tiveram que abraçar características do sistema acusatório no processo penal. Ao longo das últimas duas décadas, a maioria daqueles países adotou novos códigos de processo penal nos quais se reconhece que a investigação criminal é conduzida principalmente pela polícia e não pelos juízes ou procuradores, e que também reconhecem a importância dos direitos processuais dos suspeitos ou acusados de um crime. Dessa maneira, alguns dos assuntos desafiadores para muitos países da América Latina atualmente também tiveram que ser enfrentados no Leste Europeu. Uma quarta razão também poderia ser adicionada: estudos similares foram conduzidos em vários países europeus e suas metodologias foram adaptadas para serem usadas dentro do contexto da América Latina.[1]

Instrumentos internacionais e regionais reconhecem o papel decisivo desempenhado pelos advogados de defesa para tornar efetivas as garantias judiciais, tanto no processo quanto no seu resultado.[2] De acordo com os Princípios Básicos das Nações Unidas sobre a Função dos Advogados, aquelas pessoas suspeitas ou acusadas de um crime têm o direito de "recorrer a um advogado de sua escolha, para proteger e fazer valer os seus direitos e para defendê-los em todas as fases do processo penal" (*tradução nossa*).[3] Ainda, possuem o direito a um advogado com competência e experiência necessárias para que possa oferecer-lhes uma assistência

1 Ver, em particular, Cape e outros, 2010, e Cape e Namoradze, 2012.

2 Ver Capítulo 1, seções 4.1 a 4.3.

3 8º *Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders,* La Havana, de 27 de agosto a 7 de setembro de 1990: relatório preparado pelo Secretariado (publicação Nações Unidas, Venda n. E.91. IV.2), cap. 1, sec. B.3, anexo, princípio 1.

jurídica efetiva.[4] Semelhante reconhecimento há na CADH[5], na CIDH,[6] na CEDH[7] e na jurisprudência[8] da CtEDH. Para que o direito de acesso a um advogado seja efetivo, um suspeito ou acusado tem que estar consciente do seu direito, tem que ter a capacidade de contatar um advogado adequado para o caso e que este esteja interessado e seja capaz de atendê-lo imediatamente; deve ser capaz de se comunicar reservadamente com ele; deve ter o direito à presença do advogado durante as etapas do processo penal; além do direito a alguma forma de assistência financeira se não puder, com recursos próprios, pagar por um advogado. Entretanto, o acesso a um advogado competente e experiente não é garantia de um julgamento imparcial nem, consequentemente, de justiça, se outras garantias judiciais estiverem ausentes ou não forem efetivas: o direito à presunção de inocência até que se prove o contrário; o direito à informação sobre o crime que lhe é atribuído, as razões da prisão ou detenção e as garantias processuais; o direito a participar do processo à autodefesa efetiva, o que inclui o tempo, poderes e meios que o permitam fazê-lo; o direito a não ser privado de liberdade a menos que previsto em lei e que tal decisão seja baseada em considerações legítimas; o direito a ser processado sem demora injustificada, e o direito a recorrer das decisões que lhe sejam desfavoráveis.[9]

Assim como na Europa, os marcos normativos fundamentais nos países incluídos neste estudo satisfazem, amplamente, os padrões internacionais e regionais, embora em algumas ainda não estejam completamente desenvolvidos e, em outras, sejam deficientes em alguns aspectos.[10] Mas, mesmo um marco normativo satisfatório, na prática, não garante que o acesso ao direito de defesa seja efetivo. Como foi discutido no Capítulo 1,[11] ao mesmo tempo em que uma estrutura constitucional e legislativa é essencial, não é o suficiente. Para que o acesso à defesa criminal efetiva exista na prática, deve-se prestar atenção a dois outros fatores: primeiro, se há normas, instituições e procedimentos estabelecidos que permitam que os direitos relacionados a um

4 Princípio 6.

5 Art. 8º, §2º.

6 Ver Capítulo 2, seção 3.2.

7 Art. 6º, §3º, inc. c.

8 Em particular, CtEDH, 27 de novembro de 2008, *Salduz v. Turquia*, n. 36391/02, e ver Capítulo 1, 4.3.2.

9 Para padrões internacionais, ver Capítulo 1, seção 4.1, e para padrões regionais, ver Capítulo 2 no geral.

10 Ver Capítulo 9, no geral.

11 Ver Capítulo 1, seção 2.

julgamento justo sejam reconhecidos e respeitados; segundo, se há cultura profissional apropriada entre aqueles responsáveis por facilitar e proporcionar os direitos de defesa, o que inclui agentes policiais, advogados, procuradores e juízes. Como ocorre na Europa, com algumas exceções importantes, ainda que os países possuam marcos normativos alinhados às normas internacionais e regionais, há muitas formas pelas quais os outros dois fatores são inadequadamente realizados e, consequentemente, não se assegure a defesa criminal efetiva. Algumas dessas deficiências requerem recursos financeiros consideráveis para que sejam solucionadas. Por exemplo, não só os serviços assistência jurídica, mas também a polícia, a procuradoria e as cortes frequentemente sofrem com a carência de recursos e, em alguns casos, de estruturas e instituições inadequadas. Contudo, muitas das deficiências derivam de fatores normativos, processuais e culturais, que poderiam efetivamente ser solucionados sem recursos grandes financeiros adicionais. De fato, algumas dessas reformas economizariam recursos, não apenas pelo aumento de eficiência, o que resultaria em uma maior confiança nas instituições, nos funcionários e nos processos da justiça penal, mas também, mais diretamente, por não se encarcerarem pessoas desnecessariamente.

Neste capítulo, identificaremos e examinaremos alguns desses temas que são comuns em todos os países deste estudo e que inibem o acesso à defesa criminal efetiva (seção 2). A partir daí, estabeleceremos conclusões e recomendações para cada um dos países deste estudo (seção 3).

2. Temas comuns

2.1 Violação aos direitos processuais

Ainda que, de forma geral, os direitos processuais dos suspeitos e acusados estejam incorporados nas constituições e leis dos seus países (como o direito a ser informado sobre o crime de que se é acusado e seus direitos processuais, e o direito de acesso a um advogado), o estudo demonstrou que, em diversos graus, dependendo do direito específico e da jurisdição, eles não são normalmente aplicados na prática. Por exemplo, quando se fornece a informação sobre os direitos processuais e sobre as razões da prisão, ambas são frequentemente feitas em uma linguagem formal e técnica (ou fornecidas por escrito somente depois do interrogatório), o que não é adequado às necessidades da pessoa e faz com que, muitas vezes, a informação não seja totalmente compreendida. O direito de acesso a um advogado é frequentemente

restringido pelo fato de o advogado não estar disponível quando e onde ele se faz necessário, especialmente antes e durante o interrogatório policial; quando há um advogado disponível, ele normalmente está sobrecarregado de trabalho, é mal pago e presta pouca ou nenhuma atenção à qualidade de seu trabalho. O direito a permanecer em silêncio, ainda que geralmente reconhecido pela lei, é de valor limitado porque a polícia pressiona (algumas vezes em forma de ameaça ou com violência) o suspeito a falar e isso é explícita ou implicitamente permitido pelo Poder Judiciário. O direito a dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação de uma defesa é limitado pela falta de igualdade de recursos entre procuradores e advogados de defesa, pelas dificuldades que os advogados de defesa encontram para ter acesso aos clientes presos, pelo atraso na entrega do material que a acusação possui e, em algumas jurisdições, pelos mecanismos que impedem o acesso da defesa a documentos e materiais relevantes.

Há várias semelhanças aqui aos resultados da pesquisa realizada na Europa. Na Polônia e na Ucrânia, por exemplo, constatou-se que a polícia frequentemente nega os direitos processuais dos suspeitos ao utilizar o processo administrativo ao invés do processo penal, o que é propiciado por uma lacuna normativa e conivência dos procuradores e juízes.[12] Na França e na Bélgica, ao mesmo tempo em que a pesquisa estava sendo realizada, a lei, em uma clara violação à jurisprudência da CtEDH, não exigia que a polícia informasse aos suspeitos sobre a natureza do delito que lhe atribuía nem sobre o direito a permanecer em silêncio. Na prática, essas informações só eram fornecidas depois do interrogatório.[13] Na Turquia, embora a lei exigisse que uma pessoa presa ou detida fosse informada imediatamente dos motivos da prisão e acusações contra ela, essa lei é "mais honrada na sua violação do que na sua observância" (*tradução nossa*).[14]

As causas da violação a tais direitos são distintas em cada uma das regiões, mas os fatores principais incluem: falta de clareza nas normas que regulam os termos específicos dos direitos processuais, falta de capacidade e recursos institucionais, existência de uma cultura profissional que não concede o devido respeito ao direito processual em questão —em outras palavras, não os trata como *direitos* do suspeito ou acusado.

12 Cape e Namoradze, 2012, p. 446.

13 Cape e outros, 2010, p. 555.

14 Cape e outros, 2010, p. 556.

A falta de clareza na lei leva os suspeitos e acusados a não receberem informação relevante no momento devido e a não entenderem os seus direitos, mesmo que sejam informados. Não há nenhuma previsão na lei para que uma "carta dos direitos" seja entregue aos suspeitos ou acusados na Guatemala e, no Brasil, a lei estabelece que um suspeito somente precisa ser informado dos seus direitos processuais depois de ter sido interrogado. Essa situação é agravada pelo fato de a polícia não possuir protocolos que estabeleçam quais informações devam ser fornecidas a um preso ou detido e em que momento. No México, aqueles que são presos e acusados não recebem informações imediatas sobre os seus direitos e as razões da detenção e não há nenhum mecanismo de verificação que mostre precisamente quando a informação foi dada e se foi dada de uma maneira que permita ao suspeito exercer os seus direitos efetivamente. A respeito do direito de acesso a um advogado, no Brasil, a lei não especifica que o direito se aplica enquanto um suspeito é mantido na delegacia e a informação por escrito dos direitos só é fornecida depois do interrogatório. No Peru, não há direito de acesso a um advogado durante as primeiras 24 horas de detenção e a polícia parece não informar rotineiramente os detentos sobre o direito a permanecer em silêncio. No Brasil, na Guatemala e no México, o primeiro contato com um advogado normalmente ocorre poucos minutos antes da audiência, o que compromete a efetividade das garantias legais a permanecer em silêncio e a não se autoincriminar.

A principal medida para essas violações de direitos é revisar e ajustar as normas para que os direitos processuais sejam claramente regulamentados com detalhes suficientes para que as obrigações jurídicas fiquem claras. O resultado dessa revisão precisa ser acompanhado pela introdução de protocolos que garantam que os agentes da polícia estejam claramente instruídos sobre o que eles têm que fazer com os suspeitos que foram presos ou detidos. Por si só, essas soluções não demandam muito recurso; elas requerem vontade política para aprovar leis e regulamentos concebidos de forma a cumprir totalmente com os padrões regionais e internacionais; e vontade institucional por parte da polícia, dos procuradores e das autoridades responsáveis pela detenção para introduzir protocolos e procedimentos concebidos a dar efetividade às normas.

Alguns dos países deste estudo investiram bastante nas instituições da justiça penal na última década, embora seja claro que, para a maioria deles, se não para todos, tal investimento precisa continuar ou crescer. Se a polícia não tiver recursos suficientes, continuará a adotar estratégias e métodos que dão prioridade a obter confissões, ao invés de provas independentes, e a usar excessivamente a prisão

provisória; o que seria o "problema" ao invés solução para as garantias processuais. Se as defensorias públicas não tiveram a capacidade e a infraestrutura organizacional de oferecer o acesso à assistência jurídica a todos os suspeitos e acusados que têm direito a um advogado, inevitavelmente o acesso à assistência jurídica será uma loteria ou não será garantido em certas etapas do processo penal, como na delegacia ou na execução da pena. Se os tribunais não tiverem recursos insuficientes, os juízes estarão motivados a dar andamento aos casos o mais rápido possível, ao invés de oferecer justiça para o réu no caso específico. Embora tal investimento possa vir a constituir um custo para o Estado, ele pode gerar uma economia no curto prazo, devido às prisões desnecessárias no pré e pós-julgamento e, no longo prazo, uma economia decorrente do maior desejo das pessoas de participar do processo da justiça penal e, finalmente, pelo maior respeito pela lei e pelas instituições.[15]

No entanto, práticas que evitam o cumprimento dos direitos processuais resultam não somente em leis inadequadas e insuficiência de recursos. Elas estão profundamente incorporadas nas culturas da polícia, do Ministério Público e no Judiciário. Os direitos de defesa são frequentemente considerados contrários à boa administração da justiça, o que — juntamente das práticas que decorrem — gera resistência à mudança, mesmo em face das reformas legais, estruturais e processual. Como a equipe de pesquisadores da Argentina observou, uma das primeiras lições do processo de reforma é que práticas que deveriam ser rejeitadas conseguem sobreviver à mudança das estruturas legais, mas com outro nome. Eles explicaram esse fato em virtude de o aprendizado burocrático das habilidades funcionais ser baseado na repetição das práticas costumeiras sem que haja uma reflexão mais aprofundada a respeito do conteúdo delas e do que as leis requerem. A América Latina não é uma exceção nesse aspecto; os estudos realizados na Europa chegaram a conclusões similares.[16] Mudar a cultura profissional pode ser um processo longo e desafiador, mas pode ser alcançado sempre e quando houver desejo de fazê-lo. Para isso, devem-se examinar e mudar as pressões institucionais e os incentivos que encorajam atitudes e comportamentos inapropriados, encorajando a prática reflexiva e buscando um programa de treinamento apropriado.[17]

15 Ver Tyler, 2006; Myhill e Quinton, 2011; Jackson e outros, 2012.

16 Cape e outros, 2010, p. 611; Cape e Namoradze, 2012, p. 447; Blackstock e outros, 2014a, p. 443.

17 Por exemplo, no estudo *Inside Police Custody*, verificou-se que o treinamento de agentes policiais com advogados influenciou na melhora do entendimento mútuo entre o papel de cada um deles, e os exercícios de dramatizações permitiram refletir sobre as práticas estabelecidas. Ver Blackstock e outros, 2014b.

2.2 Uso excessivo da prisão provisória

Os padrões normativos regionais e internacionais requerem que a prisão provisória seja uma exceção a ser usada somente em casos em que seja necessária, no interesse da justiça ou da segurança pública. Todos os países incluídos neste estudo reconheceram formalmente esse padrão em suas leis e ainda, em todos eles, em maior ou menor medida, os acusados são desnecessariamente mantidos em prisão preventiva enquanto aguardam julgamento; além disso, em algumas jurisdições, uma proporção significativa da população carcerária é composta de pessoas que não foram declaradas culpadas de um delito. O estudo encontrou algumas jurisdições onde a prática melhorou,[18] mas o panorama geral foi de uso excessivo da prisão provisória.[19] Os dados do International Centre for Prison Studies (ICPS) confirmam nossas próprias constatações, mostrando que nos países incluídos neste estudo a proporção de presos provisórios varia de 33,4%, na Colômbia, a 54,2%, no Peru. É digno de nota que nos estados de Buenos Aires e de Córdoba, na Argentina, encontramos que a proporção de presos provisórios é de 60% e 50,8%, respectivamente, enquanto no estado de Chubut, o número era significantemente menor, 29%. Visto por outro lado, os dados do ICPS mostram que, enquanto na maioria dos países do mundo a população de presos provisórios está abaixo de 40 para cada 100 mil pessoas, esse número é consideravelmente mais elevado nos seis países da América Latina que participam deste estudo, que varia de 53 a cada 100 mil pessoas, na Guatemala, e de 120 para cada 100 mil pessoas, no Peru. Em todos os seis países, a taxa tem crescido, em alguns casos significantemente, desde o início do século XXI.[20]

Há uma série de motivos que justificam o amplo uso da prisão provisória em países da América Latina; nosso estudo não foi concebido para examinar a fundo as razões para esse fenômeno. Entretanto, algumas das razões estão intimamente ligadas ao acesso à defesa criminal efetiva. Na maioria dos países, a lei determina que a prisão provisória é obrigatória para determinados delitos, o que é contrário aos parâmetros internacionais, à CADH e à jurisprudência da Corte IDH. Em alguns dos

18 Por exemplo, na Baixa Califórnia (México) e na Colômbia.

19 Ver Capítulo 9, seção 4.3.3. Os dados compilados pelos estudos de prisão do ICPS mostram as seguintes proporções de presos provisórios: Argentina, 50,3%; Brasil, 38%; Colômbia, 33,4%; Guatemala, 50,3%; México, 42,6%; e Peru, 54,2%. (ICPS, *World Pre-trial/Remand Imprisonment List*), disponível em: <http://www.prisonstudies.org/news> (último acesso no dia 6 de novembro de 2014).

20 ICPS, *World Pre-trial/Remand Imprisonment List*, disponível em: <http://www.prisonstudies.org/news> (último acesso no dia 6 de novembro de 2014). Para um importante estudo global sobre o uso da prisão provisória, ver Open Society Justice Initiative (OSJI), 2014.

países, certos elementos processuais também contribuem para o uso excessivo prisão provisória. No Brasil, não existe a obrigação de as pessoas acusadas de um crime serem conduzidas perante o juiz para uma audiência de custódia. No México, existe uma prisão arbitrária nos casos de suspeitos de crime organizado, aos quais se aplica detenção preventiva informal e prisão preventiva sem que haja uma investigação formal. No Peru e no Brasil, os juízes aplicam a prisão provisória baseando-se principalmente na gravidade do delito alegado. Na Argentina, os procuradores têm o poder de ordenar a detenção sem supervisão judicial efetiva, e a lei define certos delitos para os quais a liberdade provisória não é permitida, o que parece estimular o abuso da negociação da culpabilidade e da pena. Os acusados frequentemente têm dificuldade para acessar os documentos e materiais relevantes relacionados às decisões sobre prisão provisória e, frequentemente, não dispõem do tempo e dos meios necessários para a preparação para a audiência. É necessária uma reforma legislativa para ajustar as leis e os procedimentos nacionais aos requerimentos regionais e internacionais.

Entretanto, esta é outra área na qual as culturas profissionais impedem a justa aplicação da lei. Nosso estudo descobriu que, qualquer que seja o critério jurídico utilizado para determinar o cabimento da prisão provisória, os juízes frequentemente tomam decisões baseados em padrões (como a gravidade do delito alegado) ao invés de assumir uma abordagem individualizada, que leve em conta as características particulares do caso, como as circunstâncias do acusado e a força das provas. Isso também foi constatado em jurisdições de outras regiões, inclusive em vários países europeus.[21] A formação jurídica é exigida para que as decisões sobre prisão provisória sejam baseadas em considerações jurídicas legítimas, e se deve reforçar a exigência de juízes tomarem decisões fundamentadas, associadas com o direito do acusado de recorrer da decisão ou que tal decisão seja revista por uma autoridade judicial superior. Contudo, a necessidade de que haja uma mudança nas atitudes profissionais não é limitada aos juízes. Em outros estudos verificou-se que os procuradores têm um impacto significativo nas decisões de prisão provisória.[22] Dessa maneira, assim como a mudança nas atitudes do Judiciário é importante, também é necessário mudar a abordagem dos procuradores e investigadores, de forma que eles só contestem a liberdade provisória quando se fizer necessário, por uma razão legalmente válida. Isso exige examinar os incentivos institucionais e a formação dos profissionais.

21 Ver Cape e outros 2010, p. 603, e Cape e Namoradze, 2012, p. 448.

22 Ver, por exemplo, Hucklesby, 1997 – estudo realizado na Inglaterra e em Gales. Ver também Cape e Namoradze, 2012, p. 449 – sobre a Geórgia e a Ucrânia.

2.3 Tempo, meios e informação inadequados para analisar as provas e preparar a defesa

Se no processo penal se exige que suspeitos e acusados sejam capazes de defender-se efetivamente (pessoalmente ou por meio de um advogado), eles têm que ter tempo e meios suficientes para a preparação de sua defesa. A participação efetiva também significa que deve ser dada informação ou acesso à informação suficiente sobre as razões da prisão ou detenção, sobre por que se nega a liberdade provisória e sobre o delito que se atribui. Isso permite que compreendam por que foram detidos e processados, e que se preparem para as audiências e sua defesa. Além disso, se um suspeito ou acusado for representado por um advogado, o advogado não apenas deve ter acesso às informações em um tempo suficiente para executar suas funções, mas também ter acesso ao cliente em momento oportuno e aos meios que permitam conversar com ele reservadamente. Tais exigências estão incorporadas nos instrumentos normativos regionais e internacionais e são componentes essenciais do princípio fundamental da paridade de armas. Contudo, constatamos em nosso estudo que um ou mais desses componentes, e muitas vezes uma combinação deles, frequentemente está ausente ou é deficiente.

Como foi observado anteriormente, enquanto nos países incluídos neste estudo geralmente há reconhecimento legal e suficiente da obrigação da polícia e da acusação de disponibilizar informação sobre as razões da prisão ou detenção, sobre denúncia ou acusação, e em permitir o acesso aos documentos do caso, há uma série de impedimentos que frequentemente mostram que tal informação e acesso não são fornecidos na sua totalidade ou em tempo suficiente para que sejam úteis. Informação sobre os direitos processuais e a prisão ou detenção não é frequentemente disponibilizada no devido momento e é fornecida em uma linguagem formal e técnica, de tal forma que muitos suspeitos e acusados são incapazes de entender. Na maioria dos países deste estudo, não há nenhum documento que possa ser considerado como uma "carta de direitos". Além disso, informação sobre o suposto delito e materiais relevantes sobre o mesmo, que são essenciais à preparação da defesa, não são frequentemente fornecidos (na sua integridade ou de forma alguma) e uma variedade de desculpas é dada para não os entregar. Onde tal informação está disponível, muitas vezes é fornecida somente durante a audiência ou momentos antes, o que é agravado em algumas jurisdições pelo fato de defensores públicos só serem designados no último minuto. Nos casos em que o suspeito ou acusado está preso, as visitas dos advogados são frequentemente impedidas e os meios para conversas reservadas são inadequados ou indisponíveis.

Ainda que o sistema acusatório esteja sendo adotado cada vez mais pelas jurisdições participantes deste estudo, sua efetividade para proporcionar um julgamento imparcial e, consequentemente, justo é prejudicada pela persistência de práticas que seriam menos preocupantes, pelo menos na teoria, em um contexto de processo inquisitivo. Da forma em que se encontra, o panorama geral não é de um sistema de justiça criminal, no qual as várias instituições e funcionários atuam harmonicamente com o objetivo comum de assegurar que a justiça seja feita, mas de uma série de instituições e funcionários com seus próprios objetivos, requisitos e práticas, que algumas vezes entram em conflito e impedem o acesso efetivo à defesa criminal. A solução, em grande medida, não está na criação de mais leis, embora, em alguns casos, haja necessidade de leis e regulamentos que definam os direitos e procedimentos mais claramente, bem como de instrumentos judiciais para o caso de descumprimento. Ao invés disso, o que se requer é que as várias instituições revisem sua alocação de recursos e procedimentos, e façam mudanças que assegurem o cumprimento dos requisitos legais. Como exemplo, as organizações de Defensoria Pública deveriam considerar como garantir que um defensor público competente seja designado para um caso com tempo suficiente para receber instruções apropriadas de seu cliente, obter informações relevantes e de se preparar adequadamente para a audiência. A polícia e os procuradores precisam revisar a forma e o prazo com que oferecem a informação sobre garantias processuais, a prisão ou detenção e o suposto crime cometido, para assegurar que os suspeitos e os acusados, bem como seus advogados, recebam a informação de forma compreensível, com detalhe e tempo suficientes para "garantir a igualdade do processo e permitir o exercício efetivo do direito à defesa" (*tradução nossa*).[23] A polícia e as autoridades encarregadas da detenção devem garantir que os suspeitos e os acusados tenham acesso a seus advogados quando se fizer necessário e que haja instalações que os permitam uma comunicação reservada. Devem ser introduzidos métodos de verificação do acesso à prova, assim como se devem criar mecanismos para combater os casos de descumprimento.[24] Finalmente, os juízes deveriam considerar, em cada caso concreto, se o julgamento justo é possível quando tais obrigações não forem cumpridas. Práticas que não respeitam a lei e que interferem no julgamento justo persistirão se aqueles que são responsáveis por elas não sofrerem consequências negativas por terem violado suas obrigações.

23 Esta é a fórmula adotada pela União Europeia (EU) na Diretiva 2012/13/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de maio de 2012 sobre o direito à informação nos procedimentos penais. Ver, por exemplo, considerando 28 e artigo 6º, §1º.

24 Ver, por exemplo, a Diretiva da UE sobre o direito à informação, art. 8º, §§1º e 2º.

2.4 Ausência de acesso à representação legal e assistência jurídica competente e independente

A América Latina e a Europa escolheram caminhos diferentes na oferta de assistência jurídica àqueles que são suspeitos ou acusados de um crime. Os países participantes deste estudo, em comum com a maioria dos países da região, adotaram o modelo da Defensoria Pública, embora a maioria deles também utilize advogados particulares. Algumas das jurisdições, como São Paulo, no Brasil, e Colômbia, têm testemunhado um crescimento significativo nos gastos com defensores públicos, mas, na maioria das jurisdições, se não em todas, as instituições de defesa pública sofrem séria falta de recursos, o que gera cargas de trabalho excessivas e, em muitos casos, um trabalho de baixa qualidade; também sofrem com a desigualdade de recursos em relação à procuradoria e as demais instituições da justiça criminal. Além disso, as Defensorias Públicas geralmente são estruturadas sob um órgão Executivo, o Ministério da Justiça normalmente, ou da Procuradoria-Geral, o que levanta questionamentos sobre a autonomia institucional dos serviços da defesa criminal. Na Europa, em contrapartida, a maioria dos países adotou o sistema *judicare*, por meio do qual advogados particulares são pagos pelo estado para assumir casos de assistência jurídica. Em alguns países, a responsabilidade institucional pelos serviços de assistência jurídica foi delegada a instituições de assistência jurídica (como conselhos de assistência jurídica), que têm a responsabilidade de administrar e financiar os seus casos. Tais instituições são independentes do Poder Executivo. No entanto, a maioria dos países europeus não tem tido grande sucesso na garantia de acesso efetivo à assistência jurídica pelos suspeitos e acusados, o que nos leva à conclusão de que ela é "o calcanhar de Aquiles em vários sistemas da UE" (*tradução nossa*).[25] Assim, apesar da diferença de abordagem na organização dos serviços da defesa criminal financiados pelos Estados, as jurisdições em ambas as regiões passam por problemas similares para garantir o direito a um advogado em conformidade com os instrumentos internacionais e regionais sobre a matéria. O resultado é que suspeitos e acusados frequentemente não são capazes de exercitar o seu direito à representação legal, prestada no momento e no padrão de qualidade que asseguram um procedimento justo. Em ambas as regiões, o desenvolvimento de soluções apropriadas para os problemas identificados é dificultado pela falta de dados básicos sobre aspectos essenciais da assistência jurídica e da defesa criminal, como a demanda por assistência jurídica e as necessidades dos diferentes

25 Cape e outros, 2010, p. 41; Cape e Namoradze, 2012, p. 452.

grupos de população, a demanda referente às diferentes etapas dos procedimentos penais, o nível de qualidade dos serviços prestados, entre outros.

Há um problema particular na fase de investigação: quando o suspeito está detido pela polícia. Ao mesmo tempo em que os padrões regionais e internacionais requerem que um suspeito preso ou detido pela polícia tenha o direito de acesso a um advogado imediatamente, em geral, não é o que acontece nos países participantes deste estudo. Em alguns países, como o México, a Argentina e a Colômbia, esse acesso é previsto por lei, mas na prática, no entanto, a maioria dos suspeitos quando presos não tem acesso a um advogado. Em outros países, como o Brasil e o Peru, os suspeitos não têm nenhum direito legalmente reconhecido de acesso a um advogado nessa etapa (no Brasil) ou durante as primeiras 24 horas da detenção (no Peru). Neste último grupo de países, é necessária uma reforma legislativa para introduzir esse direito. No primeiro grupo, é pertinente tomar medidas para garantir, primeiramente, que a polícia informe os suspeitos de seus direitos e facilite acesso aos advogados; em segundo lugar, que os defensores públicos tenham recursos e capacidade organizativa que garantam a disponibilidade de defensores que atendam as pessoas detidas pela polícia em um curto prazo. Na UE, de acordo com a legislação que deve em vigor em 2016, os Estados serão responsáveis por garantir que as pessoas suspeitas e acusadas, inclusive aquelas detidas pela polícia, tenham acesso a um advogado. Essa legislação exigirá que os Estados Membros garantam que a polícia facilite o acesso a um advogado e que haja mecanismos (como sistemas de prestação de assistência jurídica obrigatória) que assegurem a disponibilidade dos advogados.[26]

A exigência de que suspeitos e acusados tenham direito à assistência de um advogado de sua própria escolha, contemplada no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP, art. 3º) e nos Princípios Básicos Relativos à Função dos Advogados, pretende garantir advogados independentes do Estado e das instituições estatais, e que aqueles que usufruem de seus serviços tenham confiança na sua independência. Essa exigência é problemática em jurisdições em que a assistência jurídica a pessoas com baixa renda é fornecida pelo serviço de Defensoria Pública (o que, naturalmente, é uma instituição estatal). Mas, o problema não é específico para os sistemas que empregam o serviço de Defensoria Pública para fornecer assistência jurídica. Em vários países europeus, onde esses serviços são fornecidos por advogados particulares,

26 Diretiva 2013/48/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de outubro de 2013 sobre o direito de acesso a um advogado no processo penal e nos procedimentos de mandado de prisão europeu, sobre o direito de ter uma terceira pessoa informada da privação de liberdade, de se comunicar com uma terceira pessoa e com autoridades consulares enquanto privado de liberdade.

há uma preocupação sobre a forma pela qual tais advogados são designados, o que pode criar uma relação de dependência com aqueles que os designam, de modo que os mecanismos contratuais podem comprometer a independência.[27] Em vários países deste estudo, foi expressa uma preocupação sobre uma potencial interferência política nos serviços de Defensoria Pública. Lidar com essa situação requer tanto normas que assegurem a independência institucional quanto regras profissionais claras, que estabeleçam que a principal obrigação profissional dos defensores públicos é a de representar os seus clientes.[28]

2.5 Qualidade e culturas profissionais

Embora recursos financeiros adequados sejam essenciais para garantir que os defensores públicos tenham capacidade para assegurar que o direito a um advogado seja um direito efetivo e praticado, isso não é suficiente para garantir a qualidade da defesa. Como observado anteriormente, outras instituições de justiça penal e funcionários têm a responsabilidade de assegurar que os advogados de defesa possam ter acesso aos seus clientes e possam executar suas funções sem obstáculo e de tal modo que outorgue respeito ao papel decisivo que eles desempenham, assegurando que outros direitos processuais dos suspeitos e acusados sejam respeitados. As instituições da Defensoria Pública e as associações profissionais de advogados — como as Ordens de Advogados — têm, ambas, um papel importante para desempenhar no sentido de garantir que os advogados de defesa tenham o conhecimento, as habilidades e a competência para oferecer um serviço com competência. Em alguns países deste estudo, como o México, o papel do defensor público é problemático já que não é obrigatório que ele seja membro de uma associação de advogados e, em todo caso, as Ordens estão frequentemente mais preocupadas em proteger seus membros do que em aumentar a qualidade deste serviço. Assim, no contexto da América Latina, as instituições da Defensoria Pública provavelmente terão que representar um maior papel para garantir qualidade. É necessário criar mecanismos administrativos para melhorar a qualidade dos defensores públicos (e advogados particulares, pagos com recursos públicos, que assumem os casos) e mantê-los a longo prazo.

27 Ver Cape e outros, 2010, p. 592; Cape e Namoradze, 2012, p. 451.

28 Para um exemplo do Código de Conduta do Serviço de Defensoria Pública da Inglaterra e do País de Gales, ver <http://publicdefenderservice.org.uk/solicitors/about-us/> (último acesso dia 6 de novembro de 2014).

A qualidade da defesa não pode ser assegurada na ausência de um conceito claro do papel do advogado de defesa. Esse conceito é particularmente importante em um contexto no qual os princípios inerentes aos procedimentos legais penais estão sofrendo mudanças significativas e no qual o papel do advogado de defesa não é necessariamente entendido ou respeitado por outros funcionários da justiça criminal. No Brasil e na Guatemala, é comum que o primeiro encontro entre o advogado e seu cliente aconteça fora da sala de audiência, poucos minutos antes de seu início. No Peru, os defensores públicos encontram problemas na coleta de provas por falta de recursos e, se a família do réu não puder cobrir os custos de um especialista, estes não serão pagos pela Defensoria Pública. Como resultado, o processo confia excessivamente no depoimento já que outras formas técnicas de prova quase sempre estão ausentes nos casos de defesa pública. No México, não há padrões obrigatórios para a profissão jurídica, o que leva a uma falta de controle de qualidade e a inadequados mecanismos de prestação de contas. Semelhantemente, na Argentina e no Peru, há uma falta de exigências claras quanto à abrangência dos serviços que um defensor público deve prestar, e aos padrões que deve respeitar, e também não há nenhum mecanismo de garantia de qualidade ou sistemas de gestão que assegurem a designação efetiva dos casos e a medição da carga de trabalho. Na Colômbia, o sistema de assistência jurídica é caracterizado pela baixa remuneração e por uma carga de trabalho excessiva dos defensores públicos; além disso, a possibilidade que os defensores públicos têm de assumir casos privados criou incentivos perversos, visto que eles podem direcionar alguns de seus casos para os seus escritórios particulares.

Desafios semelhantes, em termos de qualidade dos serviços da defesa criminal, foram enfrentados por países no Leste Europeu onde, na era pós-Soviética, os procedimentos penais passaram por mudanças fundamentais semelhantes às mudanças passadas na América Latina. Uma resposta a essas mudanças foi a elaboração de um código modelo de condutas e parâmetros de prática elaborado pela Legal Aid Reformers' Network.[29] Estruturar o papel do advogado de defesa dessa forma, especialmente consultando os defensores públicos e outras partes interessadas, pode ser uma forma

29 Legal Aid Reformers' Network, *Model Code of Conduct for Legal Aid Lawyers in Criminal Cases and Model Practice Standard for Criminal Defence*, 2014, disponível em: <http://www.legalaid-reform.org/criminal-legal-aid-resources/item/752-the-model-code-of-conduct-for-legal-aid-lawyers-in-criminal-cases> (último acesso 6 de novembro de 2014). Para um exemplo da Inglaterra e Gales, ver Ede e Shepherd 2000; e dos Estados Unidos, ver o Ajuda Jurídica Nacional e Associação dos Defensores, *Performance Guidelines for Criminal Defense Representatives* disponível em: <http://www.nlada.org/DMS/Documents/998933823.822/document_info> (último acesso 6 de novembro de 2014).

excelente de promover o debate e a reflexão sobre o papel do advogado de defesa no contexto processual reformulado. Isso também pode contribuir para uma percepção da legitimidade do papel do advogado, o que pode ser particularmente importante aos advogados de defesa que exercem suas funções em um ambiente normalmente difícil e, algumas vezes, hostil.

No entanto, para garantir o acesso à defesa criminal efetiva não é suficiente se concentrar na cultura e nos padrões dos advogados de defesa. As ações e as culturas profissionais de outros funcionários da justiça criminal são fundamentais para garantir que os direitos processuais dos suspeitos e acusados sejam respeitados. Este estudo demonstrou que, embora a lei reflita as normas internacionais no que tange aos direitos processuais, eles serão respeitados na prática dependendo da forma de abordagem assumida pelos agentes policiais, procuradores e juízes. Em compensação, as ações dos policiais, procuradores e juízes são frequentemente resultados não somente das tradições processuais e culturais, mas também dos incentivos institucionais e ambições pessoais. Não há uma solução simples para isso, mas há a necessidade de se dar atenção não somente ao recrutamento e capacitação, mas também aos recursos e os imperativos organizacionais. Por fim, o Judiciário tem que assumir a responsabilidade de garantir que a polícia e os procuradores sejam responsáveis, e que suas decisões sejam transparentes, justificadas e motivadas em conformidade com a lei.

3. Conclusões e recomendações de cada um dos países[30]

3.1 Argentina

3.1.1 Questões Importantes

Cada um dos estados estudados (Córdoba, Chubut e Buenos Aires) mostra as características próprias de seu tempo; sua complexidade decorre, em grande medida, de seus processos políticos, que dificilmente podem ser alinhados em um sentido unívoco em direção à reforma, não somente pela autonomia de cada estado, mas também por seus próprios conflitos e disputas internas. Por outro lado, essa mesma diversidade permite reproduzir as experiências mais bem-sucedidas e contar com um vasto repertório de práticas instaladas que podem beneficiar os

30 Esta seção de conclusões e recomendações contou com a extensa revisão e contribuição de Marion Isobel.

demais estados: a partir de 1940, Córdoba inspirou a maioria das reformas e agora Chubut ocupa esse lugar, junto com outros estados como La Pampa, Neuquén e Santa Fé.

Em todo caso, no estudo puderam ser identificadas várias áreas nas quais ainda persistem desafios importantes.

Em primeiro lugar, constatam-se problemas diretamente no quadro normativo. Existem regulamentações processuais que geram disfunções e afetam a defesa efetiva: a incorporação por leitura em julgamento de registros do inquérito; a fé pública atribuída aos documentos produzidos por funcionários públicos, o que afeta a garantia do contraditório no exercício da defesa; as normas que regulamentam deficientemente ou restringem o contraexame na lógica adversarial, normalmente proibindo o uso de perguntas sugestivas. As normas orgânicas e processuais perpetuam o processo formalizado como instrumento de trabalho e permitem aos tribunais de julgamento recebê-los e controlá-los antes do início do julgamento, o que atenta contra a imparcialidade do juiz.

Outro problema sério é a previsão de delitos que excluem qualquer alternativa à prisão preventiva ou presunções legais, absolutas ou relativas, baseadas na pena prevista ou no tipo de delito. Também é problemático que a jurisprudência dê validade a essas práticas, que os procuradores possam aplicar a prisão preventiva sem controle imediato e efetivo do juiz e que não ocorram audiências públicas regidas pelo contraditório para resolver sua imposição ou duração. A interpretação dos prazos como ordenatórios favorece a excessiva duração dos processos, que por sua vez fomenta o uso abusivo do julgamento abreviado e da prisão preventiva, o que gera presos sem condenação e condenados sem julgamento. A subutilização de medidas cautelares alternativas impacta notavelmente no abuso do encarceramento. Novamente, esses problemas são muito mais graves em Córdoba e Buenos Aires, o que marca um contraste profundo com Chubut. Não deve surpreender que a prisão preventiva deixe de ser uma exceção e converta-se na regra em uma quantidade desproporcional de casos, porque os juízes autorizam uma interpretação extensiva de seu cabimento.

Há práticas que sobrevivem às mudanças normativas, repetindo-se sob outro nome. O estudo empírico mostrou com contundência que, apesar da regra de que os juízes devem se limitar a dirigir o debate, em Córdoba e Buenos Aires eles intervêm, excedendo os seus já extensos poderes.[31] O fato de os juízes estudarem o "processo"

31 Soria, 2012, p. 43.

antes do julgamento oral e isso ser considerado um indicador de responsabilidade mostra que não compreenderam seu papel de mediador imparcial nem o impacto causado em uma defesa efetiva.

O sistema de justiça não está sendo capaz de construir sistemas de informação adequados que facilitem o monitoramento do respeito ao direito de defesa. Os indicadores utilizados são precários e os sistemas de informação carecem de dados em quantidade e qualidade. Além disso, também não existem políticas fortes para o financiamento de monitoramentos ou estudos por parte de universidades ou outros organismos técnicos da sociedade civil.

Em segundo lugar, existem problemas relacionados com a aplicação das normas vigentes. Com efeito, um dos principais problemas identificados é a dificuldade dos acusados de acessarem a assistência jurídica durante os primeiros momentos da detenção. Disso decorrem múltiplas restrições a seus direitos, por exemplo: direito a ser informado das causas de sua detenção, de suas possibilidades de defesa e direitos (a permanecer em silêncio e ser auxiliado por um tradutor caso desconheça o idioma, por exemplo), e de conhecer as provas da acusação, desde o primeiro momento. Quando uma pessoa é levada à presença de um juiz ou procurador, sua defesa funciona mais ou menos adequadamente, mas até então não existem mecanismos concretos que garantam esse acesso. Córdoba constitui o caso mais grave, porque essa situação pode prolongar-se por até 10 dias, ou mais, se a pessoa carecer de meios para contratar um advogado particular.

A deficiente regulamentação da defesa explica somente uma parte dessas práticas, mas fundamentalmente mostra que estas não podem ser substituídas por uma simples reforma normativa. No enfrentamento entre os padrões latino-americanos e a idiossincrasia inquisitiva, esta tende a prevalecer em quase todos os casos.

Em terceiro lugar, existem problemas relacionados com a formação dos advogados e defensores, e a supervisão do exercício da profissão. Para começar, nem as associações de advogados nem as defensorias contam com mecanismos de supervisão da conduta profissional, mesmo quando o trabalho é visto como carente de qualidade.

As associações são as grandes ausentes nesse processo e não puderam evitar a crise do mercado de serviços jurídicos.[32] Os entrevistados mencionam que não

32 Trata-se de uma crise caracterizada pela existência de "cada dia mais advogados, com menos trabalho, com maiores dificuldades para que os advogados jovens possam montar seus escritórios, uma crescente necessidade de assessoria técnica e, finalmente, cada dia mais gente sem defesa" (*tradução nossa*), cf. Binder 2005, p. 63.

recebem assistência adequada quando a defesa é mais complexa e que os advogados, por sua vez, não são registrados diretamente pelas associações. A alta qualidade do serviço prestado pela Defensoria Pública circunscreve esse problema aos que ultrapassam certa renda, mas não podem pagar um advogado capacitado e, portanto, devem conformar-se com aqueles de menor qualidade. A cultura do processo escrito também explica por que os advogados estão mais formados "para o processo escrito e a complicação do que para o litígio e a simplificação" (tradução nossa),[33] o que conecta o ensino do direito com a prática dos advogados e, consequentemente, com sua forma de organização classista.

A educação universitária ensina o processo como uma série gradual e concatenada de trâmites burocráticos e não como uma ferramenta de resolução de conflitos. As universidades não têm acompanhado os processos de reforma de modo claro.[34] Das respostas dos entrevistados, deduz-se que sua incompreensão do sistema acusatório provém, em grande medida, de uma educação formal orientada a processos inquisitoriais e escritos.[35]

Quase todos os funcionários assumiram carecer de formação específica para atender grupos com necessidades judiciais especiais. É revelador que eles considerem que a formação seja adquirida na prática, que (como disse um deles) "é a melhor escola". Isso explica a sobrevivência de práticas inquisitoriais e problemas de acesso à justiça dos setores vulneráveis, apesar do importante investimento no judiciário. É revelador também que somente em Chubut os cursos de formação sejam obrigatórios, o que explica seus indiscutíveis avanços.

Os entrevistados relatam que a rotina da vida profissional dificulta conseguir tempo e recursos para completar um curso, salvo para os que, além de docentes universitários, têm maior treinamento acadêmico e integraram o estudo à vida

33 Ibidem, p. 65.

34 Sustenta-se que "essa forma de ensinar direito tende a privilegiar a memorização de textos legislativos" (*tradução nossa*), antes que desenvolver destrezas analíticas. Böhmer, 2005, p. 35.

35 Os cursos de litigância oral e adversarial causaram um impacto claro nos estudantes que participaram deles, mas, quando são opcionais, seu impacto é reduzido. Ainda hoje, em Córdoba e Buenos Aires, continuam tendo um alcance limitado. As associações de advogados e as defensorias também não assumiram essa situação como um problema que deve ser solucionado. Contudo, existem exceções a essa realidade tendo em vista que há universidades que incorporaram o ensino do litígio oral como parte do currículo regular: dentro das jurisdições estudadas, a Universidade Nacional de la Patagonia, sede Trelew. No restante do país, ocorre a mesma coisa nas universidades nacionais de La Pampa, do Comahue, de La Rioja, na Universidade del Mar e na Universidad del Centro Educativo Latinoamericano. Por outro lado, há muitas universidades onde já começaram a ser instalados como cursos opcionais.

profissional. Estes costumam ser mais receptivos aos fundamentos das práticas e mais simpatizantes a orientar sua prática segundo os princípios do sistema acusatório.

Confirmou-se que os advogados não investigam e que os serviços de defesa não contam com investigadores, bem como não se formam investigadores privados. A ausência de investigação tem relação profunda com a falta de práticas de contrainterrogatório. Em quarto lugar, constatam-se problemas relacionados com a disponibilidade e utilização de recursos econômicos. Nesse âmbito, ainda que os recursos das defensorias possam ser escassos, também não se veem esforços para utilizá-los racionalmente. A defensoria carece de uma organização razoável; o sistema de designação de casos opera pela sorte e não por um critério que permita uma distribuição correta do trabalho; contratam-se advogados que cumprem os mesmos requisitos objetivos para ser defensor e, ao invés de destiná-los ao litígio, assumem os trâmites burocráticos ou suprem o trabalho dos defensores titulares. Em todos os segmentos, nota-se uma importante incorporação de recursos humanos, mas a incorporação de investigadores não faz parte da agenda.

Não se pode pensar em uma reforma real sem se partir de um conceito de sistema de julgamento penal que inclua o aperfeiçoamento profissional de todos os operadores para internalizar a visão do sistema como instrumento de pacificação que contribua para a governabilidade democrática. Tampouco sem mudanças pedagógicas nas escolas de direito orientadas à prática da defesa e não ao trâmite burocrático; sem a regulamentação do exercício da advocacia para que os defensores atendam primordialmente ao interesse de seu cliente; sem a organização dos gabinetes judiciais para suprimir a delegação de funções por parte dos juízes; e sem refletir sobre a função das polícias em seu papel de investigação e prevenção do delito.

Somente Chubut tem avançado consistentemente em vários desses pontos, em oposição a Córdoba, abandonada à inércia e ao retrocesso, e a Buenos Aires, que mal pode conter as demandas do populismo penal. Sem desconhecer a particularidade de cada jurisdição, este estudo mostra que a defesa efetiva na Argentina somente é possível quando os atores institucionais tomam decisões concretas para colocar em vigor, no plano da realidade, as previsões constitucionais e legais. Os impulsos autoritários que persistem devem ser atendidos com uma política criminal eficiente que enfrente e substitua o paradigma de lei e ordem pelo de segurança democrática.

3.1.2 Recomendações

1. Introduzir e fortalecer mecanismos concretos para garantir o acesso efetivo à representação legal de qualidade para as pessoas detidas, dentro das 24 horas seguintes à sua detenção, mediante obrigações e dispositivos concretos implementados pelas autoridades e por agências independentes, em benefício de pessoas representadas por defensores particulares e públicos. Incluir audiências públicas de controle jurisdicional das detenções dentro das 24 horas seguintes à detenção. Deve ser garantida a comunicação entre advogado e cliente em lugares adequados para a preparação de uma defesa efetiva.

2. Desenvolver iniciativas para fortalecer uma cultura de maior profissionalismo no exercício da advocacia, tanto pública quanto privada. Especialmente, devem ser fortalecidos o trabalho proativo no desenvolvimento de investigações independentes durante as etapas prévias ao julgamento, o que garante o acesso à informação relevante; o estabelecimento de instâncias eficazes de aperfeiçoamento contínuo; mecanismos efetivos de controle e supervisão da qualidade do trabalho dos defensores públicos e particulares. Tanto os serviços públicos de defesa quanto as associações de advogados devem promover o desenvolvimento de padrões mínimos de desempenho profissional e garantir sua supervisão.

3. Garantir a independência funcional e orçamentária dos serviços públicos de defesa criminal, focada nos interesses dos destinatários do serviço, sem subordinação a prioridades institucionais, e garantir que cada defensor mantenha uma carga de trabalho razoável para não afetar a qualidade de seus serviços.

4. As legislações e práticas judiciais devem abandonar definitivamente os processos formalizados. Toda decisão jurisdicional deverá ser tomada em uma audiência pública e adversarial. Deve-se garantir o princípio do contraditório por meio de contrainterrogatórios efetivos, abandonando categorias de prova legal (como a presunção de veracidade de documentos públicos ou perícias oficiais).

5. Estabelecer medidas legais e práticas efetivas que limitem a prisão preventiva como recurso verdadeiramente excepcional. Banir legislativa e/ou

judicialmente sua aplicação por decisão dos órgãos de investigação (procuradores ou juízes de instrução). Introduzir e fortalecer medidas cautelares alternativas e desenvolver órgãos específicos para sua aplicação e controle. Reconhecer como único âmbito válido para a aplicação de prisão preventiva a audiência pública e contraditória, dentro das 48 horas seguintes à detenção, perante um tribunal imparcial. Garantir processos rápidos de revisão das decisões sobre prisão preventiva por meio de uma audiência perante um tribunal diferente.

6. Promover e fortalecer a produção de informação e dados oficiais, em qualidade e quantidade suficientes, sobre o funcionamento do sistema de justiça criminal e da vigência efetiva do direito de defesa. Promover a produção de pesquisas acadêmicas independentes.

3.2 Brasil

3.2.1 Questões importantes

A Constituição Federal de 1988 inaugura um novo paradigma para o Direito Processual Penal brasileiro: o texto que reestabeleceu a democracia no país primou pelas previsões das garantias individuais em processo criminal, conferindo-lhes *status* de direito fundamental e de cláusula pétrea. Além disso, o país passou a figurar como signatário dos principais pactos internacionais relacionados ao sistema de justiça criminal.[36] Porém, o Brasil ainda tem um longo caminho a percorrer para considerar cumpridas as suas obrigações assumidas na esfera internacional.

Há fortes contrastes entre a prática e as previsões legais existentes, sendo recorrentes violações diretas a previsões legais relativas ao direito de defesa. O cotidiano do sistema de justiça ainda é contaminado por más práticas que, mesmo cumprindo formalmente determinações legais ou constitucionais, constituem violações materiais de direitos, dificilmente identificadas, pois são situações em conformidade com as previsões legais.

O exercício do direito à informação encontra variação quanto à sua previsão legal: na fase policial, somente nas investigações iniciadas por prisão em flagrante a lei prevê a entrega de nota de culpa. Porém, conforme já mencionado, durante a

36 Regras Mínimas para Tratamento de Presos, Regras de Bangkok para Tratamento de Mulheres Presas, Convenção para Eliminação da Tortura, Pacto de São José da Costa Rica, Pacto dos Direitos Civis e Políticos.

pesquisa de campo constatou-se que a padronização do documento não permite deduzir como se dá de fato a informação do acusado sobre seus direitos na delegacia de polícia ou no momento da prisão. Além disso, como destacado anteriormente, o documento somente é entregue ao acusado após finalizado o procedimento do flagrante, o que implica concluir que a informação por escrito sobre seus direitos se dá após o interrogatório.

Nas investigações iniciadas por portaria do delegado de polícia, a lei nada menciona sobre a comunicação do indiciamento, significando que, se o suspeito não foi preso em flagrante, não existe uma obrigação legal de informá-lo que há uma investigação policial contra ele em andamento.

Na etapa judicial, a lei obriga a citação. Porém, foi verificado em campo não existir qualquer fiscalização do trabalho dos oficiais de justiça responsáveis por citar o réu, já que atuam fora do prédio do fórum criminal, levantando o questionamento sobre a forma como se dá a citação e o nível de compreensão dos acusados do que ela significa.

Em suma, não existe na legislação brasileira um documento que funcione especificamente como uma carta de direitos. Porém, a nota de culpa e o mandado de citação poderiam cumprir o papel de documentar a comunicação ao réu de alguns direitos. Frise-se, todavia, ser presumível que a grande maioria dos destinatários destes documentos não compreenda seu conteúdo, que é produzido em linguagem técnico-jurídica, e os acusados são frequentemente provenientes de classes sociais de baixa renda e de baixa escolaridade.

Quanto ao direito de acesso aos autos, deve-se observar que, por lei, é facultado ao delegado de polícia decretar o sigilo do inquérito policial, e, a princípio, pode-se vedar até mesmo ao indiciado o acesso pessoal aos autos da investigação, embora em relação aos advogados constituídos esse sigilo não possa ser oponível. Via de regra, portanto, o conteúdo da acusação formulada no indiciamento somente chegará ao conhecimento do acusado por meio de seu advogado, conforme percebido nas observações de campo. Na fase processual, o acesso aos autos é, em regra, público.

Não foram relatados problemas para que os advogados tivessem acesso aos autos do inquérito policial, nem de autos de processo criminal. É possível concluir, em relação a este direito, que está sedimentada a noção de publicidade dos autos de inquéritos e processos para os advogados de defesa, salvo casos excepcionais. Vale lembrar, como já mencionado, que o Supremo Tribunal Federal pacificou o tema ao publicar a Súmula Vinculante nº 14, que assegura o acesso aos autos de inquéritos policiais aos advogados de defesa.

O direito à assistência de um advogado encontra sérios problemas para ser exercido: a fase policial prescinde de defesa técnica. Já na fase judicial, mesmo sendo obrigatória a presença do advogado de defesa, a precariedade do contato do acusado com o defensor público é patente, uma vez que o primeiro encontro ocorre rapidamente na porta da sala de audiências. Conclui-se que a previsão expressa do direito à conversa prévia e reservada do acusado com seu defensor é insuficiente, pois a pesquisa de campo demonstrou que este direito é cumprido de maneira meramente formal, com prejuízos severos ao exercício do direito de defesa.

Vale lembrar, a lei não obriga o contato pessoal entre defensor público e réu preso antes do oferecimento da resposta escrita à acusação, prejudicando a escolha de testemunhas e outras provas efetivas para a defesa. O primeiro contato pessoal se dá na audiência e demora em média 150 dias, a ilustrar a precariedade do exercício da defesa em um momento tão basilar da ação penal. Em contrapartida, em todas as audiências acompanhadas havia testemunhas de acusação, em geral, policiais militares que participaram da efetivação da prisão.

Ainda sobre as audiências de instrução, verificou-se que poucas eram as de réus revéis, e nelas sempre esteve presente um defensor. O direito ao silêncio, ao menos formalmente, foi respeitado, e os réus foram informados deste direito pelo juiz antes de serem interrogados, embora nenhum deles tenha feito uso de tal direito. Todavia, não existem dados disponíveis a respeito dos efeitos eventualmente prejudiciais à defesa decorrentes da ausência do réu ou do impacto do direito ao silêncio nas decisões judiciais, quando exercido.

Outros direitos que encontram obstáculos são o direito a responder ao processo em liberdade e à presunção de inocência. Mesmo havendo poucos dados sistematizados a respeito, é possível afirmar haver indicativos de uso excessivo da prisão provisória no Brasil, representando cerca de 35% da população prisional brasileira. Nas entrevistas com profissionais atuantes na defesa, a presunção de inocência foi o direito mais mencionado como mais importante, mais violado e maior carecedor de garantia do seu cumprimento. Pode-se constatar que a situação decorre, em parte, da fragilidade da fundamentação legal em muitas decisões de decretação de prisão preventiva, realizadas fora das hipóteses legais.

Este problema poderia ser sensivelmente atenuado por meio da realização obrigatória de uma audiência de custódia, logo após a prisão em flagrante, o que não é previsto atualmente pela legislação brasileira. A apresentação do réu preso a um juiz imediatamente após sua prisão seria um meio eficaz de melhorar o controle

da legalidade e necessidade da custódia provisória, além de viabilizar um efetivo diagnóstico e combate à prática de tortura e maus-tratos no momento da prisão.

Em relação aos principais direitos processuais a serem garantidos ao acusado, relatou-se nas entrevistas que, de maneira geral, para os operadores atuantes na fase policial, a integridade física do preso deve ser a preocupação central entre as garantias ao acusado. Entre os operadores atuantes na defesa, citou-se a presunção de inocência; e entre os membros de Ministério Público e da Magistratura, que atuam na fase judicial, foi apontada a ampla defesa como preocupação central.

Esse padrão pode indicar relação das respostas fornecidas com situações concretas do dia-a-dia dos entrevistados, já que os direitos não eram nomeados pelo entrevistador quando da formulação da pergunta. Pode-se inferir que a prática de violência física contra presos ainda seja uma questão entre os profissionais da fase policial, assim como que a percepção dos profissionais de defesa é de haver pré-julgamentos tendenciosos dos acusados de crimes. Já para os promotores e juízes, o direito a defender-se de forma adequada e eficaz no decorrer do processo ainda é algo pelo que se deve lutar para garantir.

Deve ser também apontado que a quase totalidade das prisões decorre de flagrantes, a demonstrar a pouca eficiência das investigações criminais. Foi relatada a crônica falta de investimento na polícia e a insuficiência de funcionários, dificultando perícias e exames de locais de crimes. Há o uso excessivo de provas testemunhais, de reconhecimentos pessoais dos acusados e de confissões obtidas de maneira, muitas vezes, obscuras. Frequentemente, as testemunhas ouvidas na fase policial resumem-se aos próprios policiais militares que efetuaram a prisão, e, por ser raro o acompanhamento desta etapa por um advogado de defesa, quando o procedimento alcança sua fase judicial, não são procuradas testemunhas de defesa e pouco mais se faz do que revalidar em juízo as mesmas declarações já colhidas pelo delegado de polícia.

Algumas percepções no campo apontaram um forte discurso punitivista, no qual se identifica a função do sistema de justiça com um dever de punição e de repressão do crime, exercendo o controle social. Há indicativos de apoio popular a essa linha de posicionamento.

O sistema prisional padece de uma superlotação endêmica. A carência de assistência jurídica e a natureza mista (judicial e administrativa) desta fase repercutem gravemente no acesso à defesa dos presos.

Em grande medida, vários destes obstáculos ao exercício do direito de defesa poderiam ser superados por meio da reestruturação do modelo de Convênio de

Assistência Judiciária celebrado entre a OAB e a Defensoria Pública, estabelecendo critérios mais claros de controle da atividade, incluindo a qualidade técnica das defesas, com total assistência e orientação aos conveniados. É igualmente imperativo fortalecer a Defensoria Pública, garantindo sua presença em todas as comarcas e com número suficiente de defensores, inclusive nos estabelecimentos prisionais.

3.2.2 Recomendações

1. Alteração do Código de Processo Penal, para incluir a obrigatoriedade da presença de um advogado ou defensor público durante o inquérito policial, especialmente no ato do interrogatório do investigado, assegurando desta forma o direito à defesa técnica em todas as fases da persecução penal.
2. Alteração do Código de Processo Penal tornando obrigatório que juiz e defensor tenham contato com o réu logo no início do procedimento penal e não apenas no dia da audiência de instrução e julgamento, medida que deve ser acompanhada de um fortalecimento da estrutura da Defensoria Pública.
3. Alteração do Código de Processo Penal para que se adote a audiência de custódia imediatamente após a prisão em flagrante, medida importante para coibir maus tratos e torturas e para reduzir possíveis ilegalidades no ato da prisão, evitando que se prolonguem situações de custódias desnecessárias e ilegais anteriores ao julgamento.
4. Alteração do Código de Processo Penal para que se adote um modelo de carta de direitos, documento no qual constem todos os direitos processuais constitucionais e legais que devem ser assegurados aos acusados de crime, a ser entregue ao interessado antes do interrogatório policial e que essa carta de direitos adote linguagem acessível e não extremamente técnica e jurídica.
5. Reestruturação do modelo de Convênio de Assistência Judiciária celebrado entre a OAB e a Defensoria Pública, estabelecendo-se critérios mais claros de controle da execução deste Convênio, que inclua a qualidade técnica das defesas, dando-lhes total assistência e orientação para realização de um trabalho técnico de qualidade.
6. Ampliação e fortalecimento das Defensorias Públicas, para que estejam pre-

sentes em todas as comarcas e com número suficiente de defensores públicos, inclusive nos estabelecimentos prisionais.

7. Desenvolvimento de um sistema nacional de dados, com estatísticas criminais e informações sobre o sistema de justiça, a fim de possibilitar a elaboração de políticas públicas adequadas e viabilizar a análise crítica da sociedade civil a partir das informações disponibilizadas.

3.3 Colômbia

3.3.1 Questões importantes

O exercício efetivo da defesa criminal na Colômbia enfrenta várias dificuldades. Essas, contudo, são mais práticas do que normativas, pois na revisão do marco jurídico do direito de defesa constatou-se que a maioria das disposições — com exceção provavelmente daquelas relativas ao uso da prisão preventiva ou das possibilidades de acolhimento dos benefícios da justiça negocial em alguns delitos — outorga à defesa a possibilidade de atuar em paridade de armas com a PGN. No entanto, na prática, apresentam-se inconvenientes de diferentes tipos que impedem que a defesa tenha o papel protagonista que se espera dela em um sistema acusatório. O anteriormente mencionado não significa que não existam em absoluto problemas de viés normativo, como, por exemplo, melhorias na proteção normativa dos direitos necessários para garantir a defesa efetiva. Podem-se identificar sete áreas nas quais esse tipo de problemas se apresenta.

Em primeiro lugar, existem problemas quanto ao momento em que aparece o direito de defesa. Embora a maioria das referências legais ao direito de defesa técnica sinalize que surge na denúncia, ou antes, se houver prisão, uma interpretação sistemática da legislação e da jurisprudência constitucional permite concluir que esse direito emerge desde a etapa investigativa, visto que somente assim podem ser protegidos os direitos à paridade de armas e à defesa.[37]

Em segundo lugar, não se identificou nem avaliou adequadamente a demanda por defesa criminal. Com efeito, nos últimos dez anos, não se fez uma avaliação completa das necessidades do serviço de defesa criminal — nem do público nem do privado. Entre outras razões, isso se deve aos sistemas de informação do Conselho Superior da Judicatura, da PGN e do próprio SNDP não darem conta de aspectos essenciais do

37 Sentença C-799 de 2005.

serviço de defesa, como: quem assume esses trabalhos (o SNDP ou os particulares)? Como é a qualidade desses serviços? Quem os solicita/utiliza? Qual é sua situação econômica? Que necessidades de defesa os diferentes grupos populacionais têm?

Esse tipo de falha impede a criação de políticas públicas devidamente fundamentadas em evidência empírica generalizável. Em particular, isso ocorre em questões básicas, como qual deve ser a equipe de defensores públicos e investigadores da defesa, ou como devem ser distribuídos os recursos humanos e materiais para responder adequadamente às necessidades do serviço.

Em terceiro lugar, em termos gerais, a assistência legal pública oferecida é percebida como um serviço de qualidade aceitável. A importância que o SNDP dá aos aperfeiçoamentos frequentes e ao sistema de grupos de estudo tem permitido a obtenção de resultados positivos. Graças a isso, o trabalho da defensoria pública goza de boa reputação entre os funcionários do Judiciário, e os defensores públicos costumam ter um alto sentimento de pertencimento à instituição.

No entanto, os defensores públicos indicam que seus trabalhos são afetados por fatores como remunerações muito baixas, condições laborais instáveis, excesso na carga de trabalho e falhas no controle sobre este. O sentimento a respeito das remunerações é justificado se se considerar que os salários recebidos pelas outras partes do processo penal (procuradores e juízes) são significativamente mais altos do que os recebidos pelos defensores públicos, em especial, à medida que se sobem os escalões das carreiras jurídicas. Além disso, suas condições laborais são comparativamente piores (pelo menos, em termos de estabilidade) do que as dos juízes e procuradores, já que os contratos dos defensores públicos são de prestação de serviços e os daqueles, de trabalho.

Ao mesmo tempo, a possibilidade de os defensores assumirem casos fora da Defensoria, na qualidade de advogados particulares, tem gerado inconvenientes para o serviço de defesa pública. Por um lado, os advogados se sobrecarregam de trabalho para melhorar sua renda e, assim, dedicam menos tempo aos casos que a Defensoria lhe designa; por outro, poderia ser considerado um incentivo perverso já que, eventualmente, defensores públicos poderiam passar alguns casos designados pelo SNDP para seus escritórios particulares.[38]

Finalmente, esses problemas se somam aos frágeis mecanismos de controle da gestão com que o SNDP conta (reduzidos quase por completo a controles formais),

38 Como mencionamos na seção 2.2.1, não conhecemos a magnitude desse fenômeno, mas entendemos que o mero fato de que possa ocorrer em alguns casos torna-o preocupante.

que ainda são limitados pela ideia da independência profissional dos defensores decorrente de o vínculo profissional ser por contrato de prestação de serviços.

Em quarto lugar, a defesa pública tem menos recursos investigativos do que a PGN. Apesar de importantes esforços para dotar a Defensoria Pública de um corpo investigativo e de recursos humanos e materiais que lhe permitam efetivar o princípio da paridade de armas, ainda existem grandes diferenças entre os recursos de sua UOIC e os da Procuradoria. A desigualdade manifesta-se tanto em relação aos recursos humanos, por ser muito menor o número de investigadores, peritos e auxiliares do SNDP do que o da PGN; quanto na estrutura física, visto que a UOIC conta com menos laboratórios para análises técnicas. Essas diferenças afetam a qualidade do serviço de investigação para a defesa e impedem que a abrangência no território nacional seja suficiente.

Quando a defesa é assumida por advogados de confiança que representam indiciados ou processados com recursos não tão baixos para recorrer à defesa pública, mas não altos o bastante para escolher escritórios de advocacia de alto nível, a diferença de recursos e de capacidade logística perante a Procuradoria se torna muito maior. Nos casos em que a defesa é assumida por defensores públicos, a existência da UOIC oferece um respaldo institucional importante para o desenvolvimento das atividades de investigação.

Embora nas primeiras etapas do processo essas diferenças não pareçam muito profundas, posteriormente adquirem relevância no debate probatório, já que é aí que se põe à prova a paridade de armas. Um exemplo da diferença de recursos investigativos entre o SNDP e a Procuradoria é o fato de que, em muitos casos, a defesa se reduz a tentar encontrar defeitos na atuação da Procuradoria, ao invés de desenvolver ativamente estratégias defensivas baseadas em provas. Isso se deve não somente à desigualdade nos recursos investigativos, mas também, por vezes, ao desconhecimento ou mau aproveitamento das provas técnicas disponíveis por parte dos defensores públicos (que leva, às vezes, à autoincriminação de seus assistidos, por apresentarem material probatório desfavorável a eles).

Um quinto problema é a percepção de que o orçamento para a defesa pública é insuficiente. Várias das dificuldades do SNDP parecem resultar dessa insuficiência. Tanto para os defensores quanto para os investigadores, deve ser avaliada a necessidade de aumentar o pessoal — para reduzir a carga de trabalho por funcionário —, melhorar a estrutura física e fazer capacitações, por exemplo, sobre o uso da prova técnica.

Os recursos destinados ao SNDP devem ser distribuídos em atividades distintas da defesa em matéria penal (principalmente a representação de vítimas) e, ainda que os defensores do SNDP sintam que essa ampliação de responsabilidades não tenha estado acompanhada de um aumento proporcional nos recursos, a partir de cálculos simples, não é possível determinar se essa percepção é correta.

Sexto, existe um déficit acentuado de educação em direito. Tanto na defesa particular quanto na pública, essa falência afeta o direito de defesa. Isso se evidencia frequentemente na submissão dos defendidos à visão de seus defensores por não compreenderem a lógica ou o jargão do processo penal, fazendo com que, consequentemente, não consigam exercer seu direito à defesa material. Por isso, em muitas ocasiões, são incapazes de avaliar adequadamente o trabalho de defesa técnica desempenhada por seus defensores.

Finalmente, ainda não foram feitos os ajustes cabíveis para a defesa de populações em situação de vulnerabilidade. Desde sua criação, o SNDP está em dívida com essa tarefa. Particularmente, não foram implementados mecanismos efetivos para garantir o acesso à justiça das pessoas que se comunicam em idiomas ou linguagens diferentes do espanhol falado, como certos grupos indígenas ou determinadas pessoas com deficiência. Além disso, não foram adotadas condições para o acesso ao serviço de defesa tanto pela população carcerária, a qual tem dificuldade para manter contato com seus defensores, quanto pelas pessoas que moram nas áreas mais afastadas dos principais centros urbanos, nas quais, muitas vezes, há escassez ou ausência de defensores públicos.

3.3.2 Recomendações

1. Incluir no marco normativo o desenvolvimento jurisprudencial pelo qual se entende que o direito de defesa surge inclusive antes da denúncia.[39] Isso é necessário para aumentar a segurança jurídica e a proteção do direito de defesa no marco normativo.
2. Adequar os sistemas de informação do SNDP, da PGN e do Conselho Superior da Judicatura, para que, a partir deles, possam ser identificadas as características da demanda por defesa criminal, a quantidade de usuários que requerem assistência gratuita e as necessidades desses usuários. Além

39 Sentença C-799 de 2005.

disso, devem ser avaliados frequentemente[40] aspectos como: (i) a suficiência de recursos humanos, materiais, logísticos ou de outro tipo de SNDP; (ii) a possibilidade de melhora dos serviços do SNDP por meio do investimento de recursos econômicos adicionais e (iii) o equilíbrio em termos de relação custo-benefício de se realizarem os ajustes ao SNDP identificados como necessários, entre outros.

3. Avaliar a demanda por defesa gratuita. Isso é necessário para realizar os ajustes no corpo funcional de defensores, bem como na sua forma de contratação. Após determinar a proporção de casos nos quais se requerem os serviços do SNDP, deverá ser avaliado o número de defensores necessários para atender a essa demanda.

   Para essa análise, deve-se considerar: (i) que o SNDP está em mora em ajustar os salários dos defensores públicos para torná-los competitivos; (ii) o questionamento sobre a vinculação dos defensores por contratos de prestação de serviços ser positiva em termos de custo-benefício; (iii) que os problemas de carga laboral excessiva podem estar relacionados não somente à insuficiência de defensores, mas também a problemas de gestão ineficiente de casos.

   Somente a partir de uma avaliação como a mencionada é possível estabelecer se o SNDP requer ajustes para aumentar a eficiência — e, consequentemente, poder responder satisfatoriamente à demanda de serviços de defesa pública com os recursos com os quais conta atualmente — ou se, pelo contrário, requer investimento de recursos. Ainda que não contemos com informação quantitativa suficiente para fazer uma recomendação conclusiva nesse sentido, parece que o serviço de defesa pública precisa de ambas as estratégias para responder adequadamente à demanda.

4. Igualar os recursos investigativos da PGN e da defesa. Para tornar efetiva a paridade de armas, é necessário insistir que a defesa deve contar com possibilidades investigativas equivalentes às da Procuradoria. Isso pressupõe que deva ser aumentada a equipe de investigadores, peritos e auxiliares do SNDP, que atualmente não corresponde nem a 3% da de investigadores do CTI da Procuradoria. Também é necessário fortalecer a infraestrutura do SNDP para

40 O estudo requerido poderia ser similar ao que fizeram a Universidad de Los Andes e o Instituto SER (2004), para a entrada em vigor do sistema acusatório.

conseguir provas técnicas, isto é, melhorar e criar os laboratórios de provas técnicas que faltam, e estender sua abrangência a mais municípios do país. Como este último ponto pode ser muito caro, é necessário agilizar as vias pelas quais se realizam destacamentos dos profissionais e serviços que não estão em todo o território, mas somente nas cidades principais.

Considerando que a PGN tem o ônus da prova no processo penal, é recomendável que a UOIC se esforce para pensar a investigação criminal de modo mais estratégico e eficiente.[41] É necessário incluir nos programas de aperfeiçoamento de defensores públicos módulos sobre a utilidade das provas técnicas, visto que de nada serviria fortalecer a capacidade investigativa da UOIC se os defensores não sabem como tirar proveito do material coletado por essa unidade.

Finalmente, é pertinente que a Defensoria do Povo regulamente a possibilidade de usuários particulares utilizarem os serviços de investigação do SNDP, já que existem indiciados ou processados que contratam os serviços de advogados particulares de baixo custo, com poucas possibilidades de coletar material probatório para o exercício da defesa.

5. Avaliar se é necessário ampliar o orçamento da Defensoria Pública. Como não é claro se o SNDP precisa de aumento em seus orçamentos de funcionamento e investimento, devem ser feitas avaliações mais profundas para determinar até que ponto o orçamento é insuficiente. Até que isso ocorra, podem ser implementados outros mecanismos que, com maior facilidade e prontidão, sejam idôneos para reduzir as carências orçamentárias.

   Em primeiro lugar, devem ser revistos os modelos de gestão de casos dos defensores e investigadores porque, embora os atuais não tenham sido avaliados sistematicamente, existem indícios de que poderiam apresentar problemas de eficiência.[42]

   Em segundo lugar, o SNDP poderia assegurar a captação de recursos

41 Embora seja certo que urge fortalecer a prova técnica para aumentar as possibilidades de defesa no SNDP, também deve-se considerar que, às vezes (principalmente quando se tem conhecimento de que o acervo probatório que a Procuradoria disponibilizará no processo é muito fraco), podem ser mais efetivas e menos caras as estratégias passivas de defesa.

42 Como explicamos antes, esses problemas decorrem de fatores como: (i) atualmente a investigação e a defesa em geral não são pensadas de forma estratégica e, por isso, perdem efetividade; (ii) o SNDP não conseguiu identificar quem são as pessoas que realmente precisam de seus serviços de forma gratuita.

adicionais aos que obtém por dotação orçamentária por meio da regulamentação de algumas de suas atividades. Em especial, a Defensoria deveria fazer uso de seus poderes[43] para criar mecanismos para cobrar por seus serviços de: (i) usuários que, apesar de serem merecedores do serviço de defesa oferecido pelo Estado, contam com capacidade de pagamento; e (ii) quem conta com defesa particular, mas requer serviços de investigação da UOIC. Para isso, urge desenhar e implementar um mecanismo que facilite a identificação dos usuários com impossibilidade econômica real, calcule os custos da assessoria, representação legal ou serviços de investigação, e torne habitual a arrecadação de pagamento pelos serviços de defesa pública ou investigação para a defesa por parte da UOIC.

6. Criar uma cultura da educação em direito. Ainda que não seja uma tarefa fácil, já que depende de processos mais amplos de melhora dos níveis de escolaridade da população geral, deve insistir-se que quem participa do processo penal (em especial, juízes e defensores) use uma linguagem simples e clara, e garantindo que os indiciados ou processados entendam tanto a lógica e a dinâmica do processo quanto as diferentes possibilidades de atuação dentro dele.

7. Fazer os ajustes cabíveis para garantir o direito de defesa de populações vulneráveis. O SNDP deve formular e implementar programas específicos, com recursos suficientes, para garantir que as pessoas que não falem espanhol tenham acesso gratuito e oportuno a tradutores e intérpretes. Além disso, deve adaptar os espaços de encontro dos acusados privados da liberdade com seus defensores.

   No caso do serviço de defesa para os que moram em municípios afastados, é necessário que o SNDP crie incentivos para que mais defensores públicos se desloquem a essas áreas. Ao invés de estabelecer requisitos menos exigentes para o exercício da defesa pública nas chamadas "áreas de tratamento especial", o SNDP deveria considerar oferecer melhor remuneração — ou outros incentivos — aos que exercerem trabalhos de assistência legal nesses lugares.

43 Poder de regulamentar o uso dos serviços de investigação da UOIC por parte de indiciados/processados ou defensores particulares (Lei 941 de 2005, art. 36, § único.). Poder de regulamentar a cobrança dos serviços de assessoria, defesa e investigação para os usuários do SNDP que contam com capacidade econômica para pagar pela defesa. Resolução 1.001 de 2005, art. 8.

3.4 Guatemala

3.4.1 Questões importantes

Na Guatemala existe uma proteção normativa suficiente do direito de defesa. Primeiramente, na Constituição, que indica que é inviolável e que ninguém "poderá ser condenado nem privado de seus direitos, sem ter sido citado, ouvido e condenado em processo legal perante juiz ou tribunal competente e preestabelecido" (art. 12) (*tradução nossa*). Além disso, o Estado é signatário dos principais instrumentos internacionais de direitos humanos, principalmente da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Em segundo lugar, a legislação processual penal desenvolve esse direito de duas formas. Para começar, ao regular o direito relativo à obrigatoriedade da defesa técnica durante todo o processo penal — desde o primeiro depoimento perante juiz competente até a etapa de execução da sentença —; podendo a pessoa eleger livremente o defensor que desejar e, caso o indiciado/acusado não tenha meios econômicos para custear um, erige-se uma obrigação estatal de fornecê-lo. Porém, também, ao indicar que o ente acusador e o juiz devem zelar para que os atos forenses sejam do completo conhecimento da pessoa indiciada ou acusada, sob a estrita supervisão do advogado defensor eleito ou designado.

Não obstante os avanços na proteção normativa dos direitos na Guatemala, persistem os desafios para garantir a efetividade desses direitos.

Primeiramente, existem problemas relacionados com o cumprimento das normas vigentes, que levam a que persista uma brecha entre a previsão do direito na norma e sua proteção na prática. Constata-se, por exemplo, que o direito a permanecer em silêncio tem constantes riscos de ser violado por agentes policiais, os quais durante a prisão em flagrante — que são a maioria — induzem as pessoas a "informarem" sobre sua participação em determinados fatos, intimidando-as principalmente no trajeto da prisão ao tribunal. De sua parte, os juízes não verificam o cumprimento desse direito nem iniciam ações quando se confirma sua violação. O direito a não depor contra si mesmo, em contrapartida, é respeitado já que não tem efeito probatório.

Outro caso é o da motivação das decisões judiciais. As leis do país ordenam que toda decisão judicial esteja devidamente justificativa, direito geralmente respeitado, mas é preocupante que a minoria das prisões provenham de ordem judicial, pois isso impede que a pessoa — desde que é presa — conheça as razões pelas quais provavelmente se submeterá ao processo penal. No caso do recurso, acontece algo

similar. De um lado, o direito ao recurso é universal, mas, na prática, as pessoas que são defendidas por advogados particulares, se não puderem pagar os honorários relativos ao recurso que corresponder, não serão assistidas por seus defensores no exercício desse direito. Isso é particularmente grave no caso das pessoas que recebem sentenças condenatórias. Contudo, de maneira geral, a qualidade da defesa pode estar relacionada com a capacidade econômica das pessoas.

Em segundo lugar, existem problemas relacionados com a formação dos advogados e a cultura jurídica que impera entre eles. Para começar, não há uma especialização profissional em matéria de defesa criminal; qualquer advogado pode constituir-se como defensor particular, se no exercício de sua carreira assim decidir. Isso é positivo porque supõe que potencialmente todos os advogados registrados e ativos podem defender a pessoa que entra em conflito com a lei penal; no entanto, significa que não existe uma garantia de experiência, tão necessária na construção de uma estratégia efetiva de defesa criminal. A educação superior em ciências jurídicas se centraliza no conhecimento de leis e, portanto, não se privilegiam aspectos técnicos e práticos necessários para o litígio. Assim como os defensores públicos, os particulares se encontram em situação similar quanto à possibilidade de realizar uma investigação alternativa à da Procuradoria, principalmente quando são contratados com baixos honorários. Os defensores afirmam que a investigação requer grandes somas de dinheiro e que poucas pessoas podem custeá-la.

Isso se agrava se se considerar que existe na Guatemala uma cultura que muitas vezes é contrária à proteção dos direitos. O direito a permanecer em liberdade enquanto o julgamento se encontrar pendente, por exemplo, não está sendo devidamente garantido, já que 50,6% dos detidos estão nessa situação jurídica. Esse direito é afetado por uma cultura da promotoria e da magistratura propensa à prisão e é chancelado pelo Poder Legislativo, que impulsiona reformas no Código Processual Penal e outras leis, ordenando que em determinados delitos seja obrigatória a prisão preventiva.

Outrossim, existe uma cultura criminalizadora que viola o direito a ser presumido inocente, verificada na prisão preventiva e na abordagem dos meios de comunicação a respeito da situação das detidas e dos detidos. Muitas pessoas, inclusive, são expostas publicamente pela PNC sem que os juízes verifiquem se esse direito foi respeitado.

A isso se soma que existe uma cultura de defesa criminal passiva, tanto do serviço público quanto da defesa particular, quer dizer, as defensoras e os defensores se limitam a questionar as afirmações que provêm do MP, sem incorporar uma versão própria dos fatos em litígio.

Em terceiro lugar, existem limitações institucionais que terminam incidindo na efetividade da defesa. Efetivamente, para prestar o serviço gratuito de defesa técnica, o Estado da Guatemala criou o Instituto da Defesa Pública Penal, que tem a missão de auxiliar quem não quiser ou não puder nomear um advogado de sua confiança. O serviço que presta essa instituição é valorizado e reconhece-se que os defensores têm bom preparo teórico e prático, porque contam com serviço de tradutores para pessoas indígenas e utilizam recursos como a perícia de gênero ou a perícia cultural para provar a inocência de seus defendidos— mulheres e pessoas indígenas — nos casos correspondentes. Contudo, ainda existem importantes obstáculos a superar, principalmente em relação à quantidade de profissionais com que conta esse serviço público, visto que entre advogados fixos e de ofício somam 329, no total: essa quantidade representa 1,49 defensores por cada 100 mil habitantes, cifra muito inferior a 10, que representa a quantidade de procuradores por cada cem mil habitantes. Outra carência essencial é a capacidade de atendimento individualizado ao indiciado ou acusado e a possibilidade de empreender uma investigação própria, a qual tem dois problemas: por haver poucos defensores, a carga de trabalho de cada um é de 40 a 65 casos, e possuem o auxílio de apenas três assessores de investigação; da mesma forma, muitos defensores assumem a defesa criminal das pessoas sem conhecer a fundo cada caso particular e isso está ligado ao sistema de turnos, evidenciando-se principalmente nas audiências de primeiros depoimentos.

Situação similar acontece com o acesso à informação. As pessoas detidas não contam plenamente com informação sobre seus direitos desde o momento de sua prisão (considera-se que a prisão em flagrante é a principal via de ingresso das pessoas ao sistema penal) porque a PNC não conta com uma cartilha de direitos para ler às pessoas detidas ou protocolos estabelecidos para agir; as audiências se desenvolvem todas em espanhol e, para uma pessoa cujo idioma materno não seja este, o serviço de tradutores é importante, mas não supre absolutamente suas necessidades.

3.4.2 Recomendações

1. Promover um maior compromisso entre as autoridades de todas as instituições que se relacionam com a defesa criminal efetiva para zelarem para que as pessoas sob sua responsabilidade cumpram com parâmetros internacionais e nacionais de defesa judicial efetiva.

2. Realizar, por parte de todas as organizações acadêmicas e de direitos huma-

nos, de forma permanente, conscienciosa e técnica, uma vigilância do sistema de justiça criminal com enfoque no direito de defesa das pessoas durante todas as etapas do processo penal.

3. Fortalecer a instituição da defesa criminal, principalmente representada pelo Instituto da Defesa Pública Penal, posicionando-a estrategicamente e dotando-a de mais recursos e melhores ferramentas para exercer seu trabalho. Isso exige que a política criminal não estabeleça limites maiores ao direito de defesa, limitando os juízes e os próprios defensores em suas tarefas de defender os direitos das pessoas.

4. Promover a especialização técnica em defesa criminal das advogadas e dos advogados que realizam esse trabalho, compreendendo que este é um exercício no qual estão em jogo direitos fundamentais das pessoas.

5. Fomentar nas universidades e outros centros acadêmicos a oferta de cursos teórico-práticos tendentes ao desenvolvimento de ferramentas úteis para que as e os profissionais estejam aptos a cumprirem os mandatos constitucionais e legais aos quais se fez referência nesta pesquisa.

6. Promover uma mudança na cultura profissional dos advogados, para se deslocar de uma atitude passiva na defesa em direção à construção de autênticas estratégias de defesa criminal no âmbito forense.

3.5 México

3.5.1 Questões importantes

Os direitos relacionados à defesa adequada têm estado em constante evolução há alguns anos no México. A reforma de 2005 em matéria de justiça para adolescentes, a de 2008 do sistema de justiça criminal — política pública de grande envergadura que mudou o sistema misto inquisitivo de justiça penal para um acusatório —, até as mudanças constitucionais de 2011 em matéria de direitos humanos e seus correspondentes critérios jurisprudenciais, representam um marco histórico para o desenvolvimento dos direitos humanos relacionados ao processo penal.

Entre os resultados práticos positivos da reforma do sistema penal, destacam-se: a presença dos juízes nas audiências; a verdadeira publicidade das audiências; a introdução de alternativas à prisão preventiva, muito além da tradicional liberdade

provisória sob fiança; e a diminuição do tempo para processar uma pessoa. Tudo isso confirma a necessidade e o consenso que existem quanto ao sistema acusatório, visto que, como se documenta neste relatório, está demonstrado que com ele se reverteram práticas que afetam a defesa de uma pessoa.

Todavia, apesar de o marco normativo vigente prever altos padrões de devido processo, algumas práticas estão muitos distantes de respeitar o direito a uma defesa adequada. Elas iniciam no momento da detenção e persistem durante todo o processo até a execução da pena, o que afeta os diferentes direitos que garantem a defesa efetiva. Para começar, a prisão, particularmente, constitui um grave problema, pois o período que transcorre entre esse momento e a transferência da custódia da pessoa detida ao MP constitui uma janela de vulnerabilidade e alto risco para a integridade pessoal.

Quanto ao direito à informação, outras más práticas identificadas se referem ao fato de que as pessoas acusadas não recebem imediatamente informação de qualidade sobre sua detenção e os direitos que emergem dessa situação. Dentro de ambos os sistemas penais vigentes, não se verifica em que momento ou se a pessoa recebeu efetivamente informação para que pudesse exercer seus direitos. Também se relata que, com frequência, os promotores obstaculizam o acesso dos advogados defensores — especialmente dos particulares — ao seu cliente e à instrução preliminar ou ao inquérito policial.

Durante a prisão e sob a custódia do MP, essa falta de informação, conhecimento e acesso não só impacta negativamente na preparação da defesa técnica, mas também viola o direito constitucional a contar com a presença de um defensor durante todo processo penal. Ainda mais, aumenta a possibilidade de que a pessoa detida sofra intimidação, humilhação, se autoincrimine e, no pior dos casos, seja vítima de tortura. Nesse sentido, destaca-se o maior valor probatório das alegações do MP dentro do sistema tradicional e a dificuldade de contestar confissões coagidas. A tortura e os tratamentos cruéis e desumanos continuam sendo uma prática cotidiana no sistema de justiça, sem consequências para o processo nem para os perpetradores, tal como o documentam diversos relatórios de organismos de direitos humanos nacionais e internacionais.

Sobre o direito a contar com um tradutor ou intérprete, ambos os sistemas estão atrasados em sua garantia. É evidente que não existem mecanismos efetivos para assegurar que as pessoas indígenas contem com uma defesa de qualidade e de acordo com sua cultura.

A respeito do direito a permanecer em silêncio, também existe um descompasso entre a proteção normativa e a execução prática. Enquanto o sistema acusatório garante o direito a permanecer em silêncio e o direito à não autoincriminação, o resultado da entrevista aplicada a pessoas privadas de liberdade na Baixa Califórnia demonstra que o primeiro contato com o defensor frequentemente acontece poucos minutos antes da primeira audiência. Assim, não só o direito a contar com um advogado desde a etapa inicial do processo é praticamente nulo, mas também a falta de advogado desde a detenção põe em risco o devido processo, a integridade pessoal e o direito à liberdade e segurança pessoais.

No que tange à presunção de inocência, a Constituição a garante expressamente. No entanto, dois fatores afetam esse direito em particular: a prisão preventiva de ofício e o *arraigo* constitucional por delitos associados ao crime organizado. No primeiro caso, essa restrição constitucional ao direito a estar em liberdade durante o processo viola os fins legítimos — exclusivamente processuais — das medidas cautelares, reconhecidos internacionalmente. Infelizmente, observa-se que mais de 40% da população carcerária do país se encontram em prisão provisória.

No segundo caso, o *arraigo* constitucional constitui na prática uma detenção arbitrária posto que, desde sua concepção, se impõe a pessoas contra as quais sequer há uma investigação em curso. Por não estar estabelecido na Constituição, teria que ser uma medida excluída do sistema jurídico mexicano por contrariar os direitos mais básicos das pessoas, já que, no momento em que se decreta o *arraigo* contra uma pessoa, o direito a um julgamento imparcial perde efetividade.

Igualmente, ainda falta realizar uma mudança cultural em toda a sociedade, que inclua o governo e os meios de comunicação, que ainda tendem a presumir a culpa de toda pessoa detida e/ou processada.

A proteção dos direitos na etapa de execução penal tem representado um desafio relevante para os defensores, já que não parece haver uniformidade nem clareza sobre o alcance de sua atuação. Além disso, o sistema penitenciário mantém práticas inquisitivas, como os estudos de personalidade por meio dos conselhos disciplinares, que, ao serem validados pelos juízes, impedem a defesa adequada na fase de execução.

Em relação à paridade de armas, é claro que o poder do MP no sistema inquisitivo é quase absoluto; praticamente não existe um controle judicial efetivo sobre a instrução preliminar, talvez devido a seu valor probatório pleno. Diante desse poder, a defesa adequada é praticamente anulada desde as fases iniciais do processo.

O sistema acusatório, a princípio, tem conseguido a instauração do equilíbrio processual, ao diminuir a fé pública do MP e seu caráter de autoridade no processo. Contudo, são questões ainda pendentes. No que se refere à defesa pública, elas se manifestam na alocação desigual de recursos entre procuradorias e defensorias, na insuficiência de recursos para desenvolver investigações independentes, na falta de autonomia orgânica das defensorias e na ausência de aperfeiçoamento contínuo institucionalizado. Por isso, a defesa pública mantém uma posição institucional fraca diante da persecução criminal, o que impacta a qualidade do serviço oferecido às pessoas presas e acusadas.

Seria importante investigar as causas das altas taxas de condenação nos dois estados analisados (Baixa Califórnia, 99,8%, e DF, 90%) e sua relação com a defesa efetiva das pessoas sentenciadas.

Em relação à defesa particular, igualmente, é possível identificar alguns problemas ainda não resolvidos, como o importante déficit na capacitação de advogados no sistema acusatório, circunstância que afeta os direitos de defesa das pessoas a quem prestam serviços.

Há que dizer também que a demora no trâmite do julgamento de amparo se opõe à celeridade dos processos, como acontece atualmente nos sistemas reformados. Essa é uma falha importante visto que muitas decisões que impõem restrições à liberdade — como as medidas cautelares — não encontram um recurso efetivo na justiça constitucional.

Finalmente, cabe destacar a inexistência de informação sobre quais advogados estão efetivamente capacitados e autorizados a oferecer uma defesa criminal adequada; a carência de parâmetros obrigatórios da profissão; e a inexistência de órgãos de controle e responsabilização. Como resultado, não existem consequências para as más defesas que afetam os direitos das pessoas submetidas a processo penal, muitas vezes de maneira irreversível.

3.5.2 Recomendações

1. Garantir que a implementação do sistema penal acusatório adote os mais altos padrões de defesa criminal na aplicação da legislação penal única, assim como incluir expressamente a defesa criminal dentro das políticas públicas relacionadas ao sistema de justiça criminal, como nos planos nacionais e estaduais de desenvolvimento e de direitos humanos. Nesse sentido, garan-

tir a independência da defesa pública como garantia de legitimidade do sistema de justiça criminal.

2. Implementar mecanismos eficientes — como o acesso irrestrito e efetivo a um advogado — no momento da prisão, que permitam às pessoas exigirem seus direitos durante o processo até a execução penal, por meio da informação efetiva sobre direitos, em uma linguagem democrática e acessível.

3. Capacitar os defensores públicos e advogados particulares no controle dos parâmetros constitucionais para ampliar o espectro da defesa adequada no litígio penal.

4. Eliminar o *arraigo* constitucional do sistema jurídico, assim como o rol de delitos que proíbem alternativas à prisão preventiva, da Constituição e do CNPP, e promover o uso racional da prisão preventiva com base nos padrões internacionais.

5. Garantir a paridade de armas entre a defesa pública e o MP, o que implica dotar de autonomia funcional as defensorias públicas; igualar os salários líquidos dos defensores com os do MP; aumentar seus orçamentos para contar com mais defensores públicos, auxiliares e um grupo de peritos independentes aos das procuradorias.

6. Estabelecer indicadores de qualidade obrigatórios da defesa pública para garantir o acesso a um advogado defensor desde o momento da detenção e durante todo o processo penal. Além disso, criar mecanismos eficientes para a prestação de contas por parte de quem exerce a profissão jurídica, seja por meio da associação profissional, da certificação para exercer a defesa em todas as matérias, seja por meio de qualquer outra ferramenta que permita estabelecer parâmetros profissionais e éticos aos advogados, além de sancionar seu descumprimento. Além disso, permitir o acesso público a informação de qualidade sobre quem exerce a defesa criminal.

3.6 Peru

3.6.1 Questões importantes

Este capítulo analisa a situação da defesa criminal efetiva no Peru e se aprofunda no tocante ao respeito ao devido processo e à presunção de inocência no sistema de

justiça peruano, sob a perspectiva dos direitos humanos e de um Estado democrático de direito. Apresenta informação qualitativa e quantitativa diversificada sobre a defesa criminal no país e estuda o cumprimento efetivo de um conjunto de direitos que correspondem a uma defesa criminal adequada, nos âmbitos normativo, jurisprudencial e, principalmente, na prática dos operadores.

A análise das leis, da jurisprudência e das práticas permite concluir que o sistema jurídico peruano apresenta importantes melhoras e conquistas nos últimos anos em matéria de defesa criminal, e que cumpre com determinados parâmetros de efetividade. Assim, no âmbito normativo, observa-se uma evolução positiva especialmente devido à implementação do CPP desde 2006, ferramenta que está contribuindo para o fortalecimento do respeito ao devido processo e à paridade de armas entre os procuradores e os defensores no processo penal.

Quanto ao âmbito jurisprudencial, este estudo mostra que existem decisões judiciais tanto do Tribunal Constitucional quanto dos tribunais penais que reafirmam a ampla gama de direitos reconhecidos pela Constituição Política do Peru, tais como: o direito do acusado a ser informado sobre as causas da detenção, o direito à presunção da inocência, o direito a permanecer em silêncio e outros direitos concernentes à defesa criminal. O reconhecimento desses direitos nas decisões jurisprudenciais está contribuindo para o cumprimento dos princípios e instituições jurídicas contemplados no CPP.

No que tange às práticas cotidianas dos operadores do sistema de justiça criminal, este estudo constatou que, com a aplicação do CPP, há um melhor desempenho dos juízes, procuradores, policiais e defensores, o que contribui para oferecer não só um serviço de justiça mais eficiente, ágil e transparente, mas também para salvaguardar a vigência e o respeito aos direitos fundamentais dos acusados no processo penal. A oralidade, a publicidade e o contraditório são os eixos centrais do novo processo penal e constituem importantes princípios que devem ser respeitados por todos os operadores.

Contudo, o sistema de justiça do Peru tem vários e importantes desafios para melhorar e fortalecer a defesa criminal efetiva, os quais se localizam especialmente no âmbito das práticas dos operadores. Esses desafios são relevantes em dois sentidos: (i) na proteção dos direitos do acusado por parte do sistema de justiça criminal na sua totalidade e (ii) para garantir e consolidar uma defesa criminal de qualidade.

Os desafios para a proteção dos direitos dos acusados por parte do sistema de justiça criminal fazem-se notar nas primeiras diligências do processo penal. Existem

casos em que se limita o exercício do direito da pessoa presa a abster-se de depor perante os procuradores ou policiais ou a contar com um defensor durante o interrogatório. Essas limitações não são a regra geral; contudo, há situações em que a polícia e a Procuradoria não cumprem com o dever de informar o detido de seus direitos legalmente previstos, o que leva a interrogatórios preliminares sem a presença de seu defensor, situação que claramente viola o direito à defesa. Além disso, essas limitações também estão associadas à restrição do direito do acusado de contar com um defensor de maneira oportuna, isto é, dentro das primeiras 24 horas de sua detenção. Essas práticas representam uma área importante de melhora para garantir uma defesa criminal efetiva no sistema de justiça peruano.

Outro desafio para a prática de uma defesa criminal efetiva apresenta-se no exercício do direito do acusado de responder ao processo em liberdade. Sobre esse ponto, observa-se que, embora o CPP tenha melhorado os parâmetros para ordenar a prisão preventiva mediante a realização das audiências orais, públicas e contraditórias, e estabelecido requisitos mais rigorosos para requerê-la e aplicá-la, a prisão preventiva continua sendo a principal medida cautelar aplicada no sistema de justiça peruano. Ainda que a nova norma processual penal regulamente medidas alternativas à prisão preventiva, o sistema de justiça criminal carece de mecanismos para sua supervisão integral, situação que explica a pouca confiança dos próprios operadores e da comunidade na aplicação das medidas alternativas ao encarceramento preventivo, o qual é percebido como o único mecanismo para controlar o comportamento do acusado no processo penal.

Outro direito concernente à defesa criminal efetiva em que também se apresentam limitações é o direito à tradução e interpretação. Há dois tipos de acusados que usualmente precisam exercer esse direito no Peru: os indígenas e os estrangeiros. Quanto aos acusados indígenas, existem dois desafios centrais. O primeiro é a entrega da carta de direitos no idioma originário (por exemplo, quéchua, aimará ou outras línguas nativas) e o segundo é a assistência por intérpretes qualificados com parâmetros de qualidade. A respeito disso, identificou-se que, em algumas audiências, é necessário que o acusado conte com um intérprete, mas, devido às grandes distâncias geográficas das províncias, somente é possível designar um não oficial, visto que os oficiais não conseguiriam deslocar-se a tempo.

Quanto ao direito do acusado estrangeiro a tradução e interpretação, o sistema de justiça criminal peruano conta com tradutores qualificados para as etapas intermediárias e para o julgamento oral, mas não para a etapa das diligências preliminares na investigação preparatória. Em alguns estados judiciais, como Cusco, a Polícia e a Procuradoria Especializadas em Turismo possuem uma equipe capacitada em diversos

idiomas, situação que não se repete entre os defensores públicos ou particulares. Esse cenário constitui uma debilidade no que se refere à paridade de armas estabelecida pelo novo modelo processual penal e mostra um espaço de oportunidade para fortalecer o exercício da defesa criminal efetiva no Peru.

Existe um segundo conjunto de desafios para melhorar a defesa criminal efetiva no Peru, relacionado com a necessidade de consolidar uma defesa criminal de qualidade. Nesse âmbito, observa-se que os defensores, tanto públicos quanto particulares, têm sérias limitações para contar com especialistas ou peritos que apoiem seu trabalho. Embora a Defensoria Pública, a partir da implementação do CPP, tenha melhorado sua estrutura organizacional e aumentado seu orçamento e número de defensores públicos, ainda não conta com especialistas ou peritos que apoiem o trabalho de preparação dos casos para o julgamento oral. Diante dessa carência, é a família do acusado que usualmente cobre os gastos com um especialista ou perito independente, situação em que está limitada a suas possibilidades econômicas.

Finalmente, a defesa criminal privada apresenta desafios cruciais em matéria da defesa criminal efetiva. Embora no Peru exista responsabilidade das associações de advogados, há pouca informação disponível sobre a organização, os recursos, o orçamento, os custos e, principalmente, sobre a qualidade do desempenho dos advogados particulares. Assim, em comparação com a Defensoria Pública, que tem avançado no desenho e na aplicação de mecanismos para controlar e supervisionar o desempenho dos defensores públicos, além de protocolos para o atendimento dos usuários, os advogados particulares carecem desses mecanismos orientados a verificar a qualidade e os resultados de seu trabalho. A respeito disso, os juízes e os procuradores entrevistados neste estudo coincidiram em afirmar que há defensores particulares que não estão adequadamente capacitados para exercer a defesa de seus clientes, o que repercute na diminuição de opções de acesso a uma justiça de qualidade por parte dos acusados.

3.6.2 Recomendações

1. Difundir e promover a aplicação efetiva dos direitos e das garantias que os acusados têm no processo penal sob um Estado democrático de direito, mediante o aperfeiçoamento dos juízes, procuradores, policiais e defensores, tanto públicos quanto particulares, com ênfase nos padrões de qualidade de uma defesa criminal efetiva e seu exercício prático no âmbito do processo penal.

2. Elaborar um protocolo interinstitucional que envolva procuradores, policiais e defensores públicos para garantir que estes tenham conhecimento imediato das detenções, com o objetivo de que o preso disponha de acesso oportuno a um defensor dentro das primeiras 24 horas de sua detenção.
3. Desenhar um manual de procedimentos dirigido aos defensores, juízes, procuradores e policiais, que esclareça em detalhes as etapas que esses operadores devem respeitar para garantir uma defesa criminal efetiva, com base nos princípios do devido processo, nos direitos humanos e nos parâmetros internacionais.
4. Elaborar um guia que sistematize as experiências, estratégias e boas práticas dos defensores, a fim de promover um adequado desempenho e padrões de qualidade e efetividade da defesa criminal, que incluam a imediata comunicação entre os procuradores e os defensores públicos nos casos de detenção e o controle dos prazos no processo penal.
5. Elaborar cartas de direito do preso nas línguas nativas quéchua, aimará e booraa, bem como em inglês, como um mecanismo orientado a garantir os direitos dos acusados que não entendem o espanhol ou cujo conhecimento sobre ele seja limitado.

4. Bibliografia

Blackstock, Jodie e outros. *Inside Police Custody: An Empirical Account of Suspects' Rights in Four Jurisdictions*. Antwerp: Intersentia, 2014a.

Blackstock, Jodie e outros. *Inside Police Custody: Training Framework on the Provision of Suspects' Rights*. Antwerp: Intersentia, 2014b.

Cape, Edward e Namoradze, Zaza. *Effective Criminal Defence in Eastern Europe.* Moldava: Soros Foundation, 2012.

Cape, Edward e outros. *Effective Criminal Defence in Europe*. Antwerp: Intersentia, 2010.

Ede, Roger e outros. *Active Defence.* Londres: Law Society, 2000.

Hucklesby, Anthea. "Remand Decision Makers". *Criminal Law Review* (1997): 269.

Jackson, Jonathan e outros. "Why do people comply with the law? Legitimacy and the Influence of Legal Institutions". *British Journal of Criminology*, vol. 52, No. 6 (2012): 1051-1071.

Myhill, Andy e Quinton, Paul. *It's a fair cop? Police legitimacy, public co-operation, and crime reduction: An interpretative evidence commentary*. Londres: National Policing Improvement Agency, 2011.

OSJI. Presumption of Guilt: *The Global Overuse of Pretrial Detention*. Nova York: Open Society Foundations, 2014.

Tyler, Tom. *Why People Obey the Law*. Princeton: Princeton University Press, 2006.

ANEXOS

ANEXO I. DESENVOLVIMENTO PARTICULARIZADO DOS PARÂMETROS INTERNACIONAIS SOBRE DEFESA CRIMINAL EFETIVA

Como vimos nos capítulos pertinentes, o sistema interamericano de direitos humanos desenvolveu um conjunto de princípios e padrões relativos à defesa criminal efetiva que constitui um guia claro e preciso das exigências para que esse tipo de defesa exista realmente. Todavia, as pesquisas realizadas nos diferentes países e expostas nos capítulos respectivos também nos mostram os modos concretos com que a realidade de cada país se afasta desses padrões e princípios, distorce-os e viola-os.

O objetivo final desta pesquisa consiste em elevar o nível de cumprimento do direito à defesa nos casos concretos e isso se consegue, entre outras medidas, com uma maior consciência sobre as implicações específicas de cada um dos direitos vinculados à defesa efetiva. Consequentemente, como base para o começo do trabalho mais exaustivo em cada país e em toda a região, parece-nos conveniente definir normas particulares de implementar cada um dos princípios e parâmetros básicos. Baseamo-nos nos resultados das pesquisas e em suas propostas e conclusões. Cabe ressaltar que de nenhuma maneira o desenvolvimento particularizado de parâmetros básicos exposto abaixo consegue dar conta todos os possíveis desdobramentos.

Em discussões posteriores, terá que ser analisado e decidido qual é o nível de detalhamento adequado para que o documento constitua um guia claro e com capacidade de impactar nas práticas locais. Acreditamos que este primeiro passo é uma contribuição concreta que surge desta pesquisa para favorecer a discussão local e regional sobre esse tema.

A seguir, apresentam-se algumas *bases para o desenvolvimento de uma diretriz latino-americana sobre defesa criminal efetiva,* que contêm o desenvolvimento particularizado dos parâmetros internacionais em relação a ela.

1 Direito a ser informado sobre a natureza e as causas da prisão ou detenção e os diretos que decorrem dessa situação (CADH, art. 7º, §4º)

a) Os organismos de polícia ou quem realizar a detenção devem informar o detido utilizando palavras simples e acessíveis a qualquer pessoa e que facilitem a compreensão da situação e dos direitos, evitando o uso de formalismos, a mera transcrição de fórmulas legais ou a simples assinatura de atas que não têm um efeito comunicativo real.
b) Deve entregar-se à pessoa privada de liberdade um documento claro e simples em que constem de um modo preciso os direitos que pode exercer, em particular os vinculados à sua prisão ou detenção.
c) Esse direito nasce a partir do momento em que uma pessoa é privada da liberdade, seja por detenção, prisão, apreensão ou captura.
d) Deve salientar-se, em especial, o direito a convocar de imediato um defensor e deve-se facilitar todos os meios para que possa fazê-lo.
e) Se o acusado não puder ou não tiver como se comunicar com um defensor, os mesmos organismos que realizaram a privação da liberdade devem informar imediatamente à Defensoria Pública.
f) Se se tratar de uma pessoa pertencente a um povo indígena ou que não fale ou compreenda o idioma oficial, essa informação deve ser fornecida o mais rapidamente possível na linguagem própria desse povo ou pessoa.

2 Direito a ser informado sobre a natureza e as causas do indiciamento ou acusação (CADH, art. 8º, §2º, inc. b)

a) O indiciamento ou acusação deve-se realizar em uma audiência pública, perante um juiz e com a presença obrigatória do defensor, realizada, o mais tardar, até 48 horas depois da detenção, em uma linguagem compreensível.
b) A acusação deve conter a declaração da totalidade da prova que o acusador utilizará no julgamento.
c) Os acusadores, no momento processual oportuno, devem pôr à disposição da defesa o dossiê da investigação completo, para que esta possa ter acesso à prova que não tenha sido utilizada pela acusação, mas que pode ser de utilidade para a defesa.

3 Direito a obter informação sobre os direitos relativos à sua defesa que lhe são garantidos (CADH, art. 8º, §2º, inc. c)

a) Devem existir nas delegacias de polícia, nos fóruns e tribunais e no Ministério Público cartazes visíveis com a menção dos direitos de defesa que se podem exercer, escritos nos principais idiomas de uso no lugar.
b) A cada acusado se deve fornecer uma cartilha ou um documento em que constem esses direitos e os números de telefone para comunicar-se com a Defensoria Pública.

4 Direito a obter acesso à prova material do caso e ao inquérito policial (dossiê, processo, arquivo, sumário, pastas etc.) (CADH, art. 8º, §2º, inc. f; CADH, art. 7º, §4º)

a) Nem o inquérito policial nem o dossiê de investigação do Ministério Público podem ser secretos em sua totalidade para o acusado e seu defensor. O tempo do segredo de algum ato de investigação em particular deve ser limitado.
b) Se existirem dificuldades materiais para fornecer cópias ou para facilitar a consulta às peças, é obrigação dos organismos policiais ou do Ministério Público solucionar essas dificuldades e entregá-las ou fornecê-las livres de toda taxa, encargo ou pagamento.
c) Nos centros de detenção ou reclusão, devem existir espaços reservados que permitam ao defensor mostrar e examinar as peças junto com o detido.

5 Direito à autodefesa (CADH, art. 8º, §2º, inc. d)

a) Os defensores devem procurar que o acusado seja partícipe de sua defesa e possa compreender e concordar com os termos e estratégias que seu defensor técnico realizar.
b) Todas as petições realizadas pelos acusados, particularmente se estiverem detidos, devem ser admitidas e respondidas, sem importar o cumprimento de requisitos formais ou prazos.
c) A pessoa acusada tem direito a estar presente e manifestar-se em toda audiência em que estiver envolvida, inclusive nas audiências de recurso quando as questões tratadas abrangerem o terreno dos fatos.

6 Direito a contar com assistência e representação legal (técnica) de sua confiança e livre escolha (CADH, art. 8, §2º, inc. d)

a) A pessoa detida em uma delegacia da polícia deve contar, imediatamente, com a presença de um advogado defensor e não se pode ser submetida a nenhum interrogatório policial formal ou informal sem a presença e consulta prévia desse defensor.
b) A relação de confiança deve ser resguardada, no possível, dentro dos sistemas de defesa pública. Devem existir mecanismos ágeis para que o acusado possa pedir que se avalie o nível de sua defesa.
c) Nenhum defensor público pode subordinar os interesses de seu assistido a outros interesses sociais ou institucionais ou à preservação da "justiça".

7 Direito a contar com assistência legal durante interrogatório (CADH, art. 8, §2º, inc. d)

a) Nenhum depoimento do acusado poderá ser válido se não se garantiu uma consulta prévia com o defensor, pelo menos uma hora antes de prestar o depoimento.
b) É obrigatória a presença física do defensor durante todo o depoimento do acusado.
c) O acusado poderá consultar seu defensor em qualquer momento durante o depoimento.

8 Direito à comunicação reservada com o advogado defensor (CADH, art. 8, §2º, inc. d)

a) A entrevista pessoal com o defensor deverá ser realizada em um lugar onde a comunicação privada e confidencial esteja resguardada; em todo caso, sem a presença imediata dos agentes de custódia.
b) A privacidade e a confidencialidade devem ser garantidas a qualquer forma de comunicação entre o acusado e seu defensor.
c) Nenhum regulamento ou disposição, administrativa ou de segurança, poderá limitar ou prejudicar a privacidade e a confidencialidade da comunicação com o defensor.
d) Nos centros de detenção, deverá existir um lugar especial para que a comu-

nicação com o defensor seja direta, pessoal e confidencial, sem a intermediação de vidros, intercomunicadores ou outros instrumentos de segurança, e sem que se realize em presença imediata de funcionários encarregados da custódia.

9 Direito a que os advogados sejam regidos por padrões profissionais mínimos, orientados exclusivamente pelo interesse de seu assistido e a que sejam independentes (CADH, art. 8, §2º, inc. d)

e) Deve existir um mecanismo de preservação da independência dos advogados quando forem assediados pelo exercício de sua profissão.
f) Deve existir um mecanismo de avaliação geral da prestação do serviço jurídico, seja pelos próprios advogados seja por outros entes regulamentadores da advocacia.

10 Direito a escolher e contar gratuitamente com os serviços de um advogado, para as pessoas que não puderem pagá-lo (CADH, art. 8, §2º, inc. e)

a) Os sistemas de defesa pública ou de assistência legal devem estabelecer limites na carga de trabalho que um defensor pode assumir com eficácia para evitar as defesas massificadas.
b) Quando existir a obrigação de fornecer defensor em todos os casos (designação universal), devem-se prever mecanismos para que isso não debilite a defesa dos segmentos com menos recursos.
c) Os sistemas de Defensoria Pública devem contar com completa autonomia técnica e funcional.

11 Direito à presunção de inocência (CADH, art. 8, 2, §1º)

a) Deve-se estabelecer um mecanismo que defina as condições precisas da informação que pode ser fornecida pelos meios de comunicação sobre os acusados e suspeitos.
b) Devem estabelecer-se obrigações concretas aos meios de comunicação, sobre a comunicação dos resultados finais das causas quando forem exculpatórias.

12 Direito a permanecer em silêncio ou a não depor contra si mesmo (CADH, art. 8º, §2º, inc. g, e CADH, art. 8º, §3º)

a) O único depoimento válido do acusado é o que ele decidir introduzir no julgamento oral. Não pode ser substituído por depoimentos anteriores.
b) A renúncia ao direito a permanecer em silêncio só é válida quando for aconselhada positiva e irrefutavelmente por um advogado defensor.

13 Direito a permanecer em liberdade durante o processo, enquanto se espera pelo julgamento (CADH, arts. 7º, 2, 3, e 5)

a) Devem estabelecer-se com precisão e extensão todos os casos em que é proibida, de forma absoluta, a prisão provisória.
b) A decisão de aplicar a prisão provisória deve ser tomada em audiência pública na qual se produza prova sobre os perigos processuais ou necessidade de cautela que fundam essa medida, e a fundamentação deve fazer referência concreta às circunstâncias do caso.
c) Os juízes devem motivar, particularmente, as decisões de aplicar prisão provisória sem utilizar fórmulas ou frases feitas, já que se trata da decisão mais relevante que se toma no processo penal.
d) Deve existir um prazo legal e peremptório de duração da prisão provisória.
e) A revisão da decisão sobre a prisão provisória deve realizar-se em um prazo máximo de 48 horas, contadas desde o primeiro ato de privação de liberdade.

14 Direito a estar presente no julgamento e a participar dele (CADH, art. 8º, §2º, inc. d)

a) Não devem existir limitações à presença do acusado no julgamento; essa presença deve prevalecer sobre razões de segurança ou de conveniência de outros sujeitos do processo.
b) Se se admitirem legalmente os julgamentos em ausência, a designação do defensor do ausente e o controle de sua autuação devem ter garantias superiores.

15 Direito a que as decisões que afetam o acusado sejam motivadas em fundamentos razoáveis (CADH, art. 8º, §1º)

a) A fundamentação das decisões deve ser realizada em uma linguagem clara, precisa e acessível a todo cidadão comum, sem recorrer a linguagens técnicas, desnecessárias ou a jargões próprios dos tribunais.
b) A redação das sentenças deve ser concreta e evitada a transcrição de atos ou a narração do processo de modo tal que se oculte ou se perca o fato objeto do processo e sua fundamentação.
c) Quando a fundamentação for verbal, o registro dela deve ser guardado e entregue adequadamente ao defensor de imediato.

16 Direito a uma revisão integral da sentença condenatória (CADH, art. 8º, §2º, inc. h)

a) A revisão da condenação deve significar, concretamente, um aumento do controle e da qualidade da decisão e não um aumento da arbitrariedade na valoração da prova, que se circunscreve à leitura dos atos ou a assistir a vídeos.
b) A revisão deve estar precedida de uma audiência pública na qual se possa examinar a prova cuja valoração se controverte.

17 Direito a investigar o caso e a propor provas (CADH, art. 2º, inc. f)

a) Os juízes devem prestar auxílio judicial a todo advogado que precise realizar uma investigação autônoma, emitindo ordens diretas, se for necessário, à polícia ou a outros órgãos do Estado.
b) As Defensorias Públicas devem contar com investigadores próprios ou fundos especiais para a obtenção direta de provas.
c) As Defensorias Públicas e os advogados particulares devem poder participar da direção ou controle dos laboratórios, institutos forenses ou departamentos estatais de obtenção de prova científica.

18 Direito a contar com tempo suficiente e possibilidades para preparar a defesa (CADH, art. 2º, inc. c)

a) A Defensoria Pública deve prever um mecanismo de ajuda para aqueles

advogados particulares que não contarem com suficientes recursos para preparar a defesa.

b) Os juízes devem assegurar-se de que, nas audiências iniciais, os defensores tenham tido suficiente tempo para conhecer o caso e o acusado.

19 Direito à paridade de armas na produção, no controle da prova e no desenvolvimento das audiências públicas e com respeito ao contraditório (CADH, art. 2º, §1º)

a) Deve proibir-se toda atividade do juiz que implique suprir a atividade dos acusadores ou facilitar o sucesso da acusação.

b) Os juízes não podem receber, sob nenhuma circunstância, os acusadores ou as vítimas sem avisar com antecedência o defensor, o qual terá direito de participar da referida reunião.

c) O uso de mecanismos de proteção das vítimas não pode significar uma limitação da faculdade de controle da prova por parte do acusado ou de seu defensor.

20 Direito a contar com um intérprete de sua confiança e à tradução dos documentos e provas (CADH, art. 2º, inc. a)

a) No caso de acusados pertencentes a povos indígenas, deve propiciar-se o uso da língua própria no desenvolvimento do julgamento.

b) Deve facilitar-se a participação de qualquer pessoa que possa ajudar a pessoa acusada com a compreensão do idioma, sem subordinar essa participação a requisitos formais.

c) No caso de pessoas com outro tipo de impedimentos para expressar-se ou compreender o idioma do processo, que não sejam culturais, deve-se aumentar o cuidado tomado pelos tribunais para que eles contem com o auxílio profissional idôneo e adequado para uma participação real na defesa efetiva.

ANEXO II. ANEXO I DIRETIVA 2012/13/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO DE 22 DE MAIO DE 2012

Modelo Indicativo de Carta de Direitos

O único objetivo do presente modelo é auxiliar as autoridades nacionais a redigir a respectiva Carta de Direitos a nível nacional. Os Estados-Membros não estão obrigados a utilizar este modelo. Ao prepararem a respetiva Carta de Direitos, os Estados-Membros podem alterar este modelo a fim de o alinhar com as respetivas regras nacionais e acrescentar mais informações úteis. A Carta de Direitos deve ser entregue quando da detenção ou prisão. Todavia, isso não impede os Estados-Membros de darem aos suspeitos ou acusados informações por escrito em outras situações durante o processo penal.

A. ASSISTÊNCIA POR UM ADVOGADO/DIREITO A ASSISTÊNCIA JURÍDICA

Tem o direito de falar confidencialmente com um advogado. O advogado é independente da polícia. Se precisar de ajuda para entrar em contato com um advogado, peça à polícia; a polícia ajudá-lo-á. Em certos casos, a assistência pode ser gratuita. Peça mais informações à polícia.

B. INFORMAÇÕES ACERCA DA ACUSAÇÃO

Tem o direito de saber por que foi detido ou preso e os atos que é suspeito ou acusado de ter cometido.

C. INTERPRETAÇÃO E TRADUÇÃO

Se não falar ou compreender a língua falada pela polícia ou por outras autoridades competentes, tem o direito de ser assistido gratuitamente por um intérprete. O intérprete pode ajudá-lo a falar com o seu advogado e deve manter a confidencialidade do conteúdo dessa comunicação. Tem o direito de tradução pelo menos das passagens relevantes de documentos essenciais, incluindo qualquer decisão de um juiz que autorize a sua detenção ou a continuação da mesma, qualquer acusação e qualquer decisão judicial. Em algumas circunstâncias pode ser-lhe fornecida uma tradução ou um resumo oral.

D. DIREITO AO SILÊNCIO

Quando for interrogado pela polícia ou por outras autoridades competentes, não é obrigado a responder a perguntas sobre a alegada infração. O seu advogado pode aconselhá-lo sobre essa decisão.

E. ACESSO AOS DOCUMENTOS

Quando for detido ou preso, tem (ou o seu advogado) direito de acesso aos documentos essenciais necessários para contestar a detenção ou prisão. Se o seu caso for levado a tribunal, tem (ou o seu advogado) direito de acesso à prova material, seja a seu favor ou contra si.

F. INFORMAR OUTRAS PESSOAS SOBRE A SUA DETENÇÃO OU PRISÃO/INFORMAR O SEU CONSULADO OU EMBAIXADA

Quando for detido ou preso, deverá dizer à polícia se quiser que alguém seja informado da sua detenção, por exemplo, um familiar ou o seu empregador. Em certos casos, o direito de informar outras pessoas acerca da sua detenção pode ser temporariamente restringido. Nesses casos, a polícia deve informar-lhe sobre o que pode fazer.
Se for estrangeiro, diga à polícia se quiser que a sua autoridade consular ou embaixada seja informada da sua detenção. Diga também à polícia se quiser contatar um funcionário da sua autoridade consular ou embaixada.

G. ASSISTÊNCIA MÉDICA URGENTE

Quando for detido ou preso, tem o direito à assistência médica urgente. Informe à polícia se precisar desse tipo de assistência.

H. PRAZO DE PRIVAÇÃO DE LIBERDADE

Após a sua detenção, pode ser privado de liberdade ou ser preso por um prazo máximo de … [preencher o número aplicável de horas/dias]. No final deste prazo deve ser libertado ou ouvido por um juiz que decidirá sobre a continuação da sua detenção. Peça ao seu advogado ou ao juiz informações acerca da possibilidade de contestar a detenção, de rever a decisão da detenção ou de pedir a liberdade provisória.

ANEXO III. FORMATO PARA A REVISÃO DOCUMENTAL

Este formato estabelece a informação que deve ser obtida na fase de revisão documental desta pesquisa.

As fontes de dados incluirão:

- leis (constituições, leis, códigos e jurisprudência que sejam relevantes);
- normas profissionais;
- estatísticas (tanto oficiais quanto as coletadas pelos organismos não governamentais);
- pesquisas existentes.

Em cada caso, a fonte dos dados terá que ser especificada. Quando a questão tratar da existência de um direito, norma administrativa, exceção etc., a fonte deve ser especificada com a maior precisão possível: por exemplo, Lei de Provas Policiais e Penais de 1984, sec. 58; Código de Procedimento Penal, art. 3º, §1º; Corte Constitucional, Decisão n. 82/1994, 1º de dezembro de 1994; Código de Conduta da Sociedade Jurídica, 2007, regra 1.01. O estilo de referência deverá ser o usado em *Effective Criminal Defense in Europe*.

Embora a ordem em que a informação é recolhida não seja relevante, é importante que o relatório da revisão de documentos apresente esses dados na mesma ordem que neste formato, com referências ao número da pergunta quando for pertinente. Quando for considerado útil, por exemplo, oferecer dados importantes sobre o contexto ou sinalizar mudanças recentes ou futuras, a informação requerida deve ser acompanhada de uma explicação. Também, quando for pertinente, o pesquisador do país deverá incluir propostas e recomendações, por exemplo, a respeito da necessidade de coleta regular de dados sobre gastos com assistência jurídica etc.

Se os dados solicitados neste formato não estiverem disponíveis, deve indicar-se o porquê de os dados não serem coletados de forma regular ou não estarem disponíveis para o público; isso é, por si só, um importante resultado da pesquisa. Por exemplo, se não coletaram estatísticas de forma regular (ou se coletaram, mas não estão disponíveis) sobre a porcentagem de acusados com representação legal perante os tribunais, assim deveria ser apontado.

Algumas das perguntas indagam especificamente se uma norma ou prática difere dependendo se o suspeito ou acusado pode ou não pagar a assistência jurídica ou requer ajuda financeira para pagá-la. Ao coletar os dados, considere se há diferenças, ou sua probabilidade, nos princípios ou nas práticas, dependendo se o suspeito ou acusado puder pagar os serviços legais por um valor de mercado ou pagá-los, por conta própria, mas por um valor inferior ao do mercado, ou ainda caso seja beneficiário ou tenha direito a receber ajuda financeira para sua assistência jurídica — ou outras formas de ajuda estatal, como a existência de uma norma legal que lhe permita acessar o serviço de Defensoria Pública. —

Deve-se tentar limitar o número de palavras de seu relatório a 15 mil, ainda que esse número seja mais um guia do que um limite estrito. Quando for apropriado, é possível fazer referências cruzadas, ao invés de duplicar a informação.

País/jurisdição:
Dados coletados por:
Datas da coleta de dados: Entre e

1. Estatísticas gerais e outra informação

Em geral, as estatísticas deveriam ser as do último ano disponível, ainda que deva ser indicado se houve mudanças significativas de um ano a outro. Se houver dados relevantes sobre a procedência étnica a respeito de qualquer uma das categorias seguintes de dados, deverá incluir essa informação.

1.1 Auxílio para a assistência jurídica/despesa nacional

a) Despesa absoluta e *per capita* estatal/nacional com justiça criminal gratuita.
   i) Na etapa de investigação.
   ii) Nas etapas posteriores.

b) Qualquer outra despesa estatal/nacional com justiça criminal gratuita — por exemplo, qualquer outro dado quantificável sobre os serviços complementares, como serviços institucionais *pro bono* ou de ofício—.
c) Porcentagem da população elegível para justiça gratuita.
d) Porcentagem dos suspeitos e acusados que contam com representação ou assessoria legal.
   i) Na etapa de investigação.
   ii) Nas etapas posteriores.
e) Porcentagem dos suspeitos e acusados que contam com justiça gratuita.
i) Na etapa de investigação.
ii) Nas etapas posteriores.
f) Porcentagem dos suspeitos e acusados que contribuem financeiramente para sua defesa ou dos que se ordena contribuir para despesas legais após sua condenação e cifras sobre os valores dessa contribuição ou o número de ordens.
g) Remuneração média por caso —isto é, valores pagos aos advogados— ou, em casos sob responsabilidade da Defensoria Pública, o custo médio por caso.
h) Gastos com justiça gratuita segundo o tipo de trabalho (por exemplo, benefícios, custos, viagens, estadias, especialistas etc.)
i) Número de casos nos quais se usam serviços de interpretação ou tradução e gastos gerados por esses serviços.

1.2 Sistema de justiça criminal

a) Número de presos.
b) Porcentagem de presos contra os quais se instaura processo penal.
c) Porcentagem de processados que permanecem presos, incluída a duração média do tempo transcorrido na espera do julgamento, ou de pessoas às quais se concedeu a liberdade provisória.
d) Porcentagem de processados que são condenados ou considerados culpados.
e) Porcentagem de condenados e declarados culpados que recebem sentenças de prisão.
f) Porcentagem daqueles em b), c), d), e e) que contam com representação legal.
g) Quando houver uma declaração de culpabilidade ou um procedimento penal abreviado, em que porcentagem dos casos há uma declaração de culpabilidade ou um julgamento abreviado.

1.3 A profissão legal

a) Número de advogados que pertencem a associações profissionais de advogados.
b) Porcentagem de advogados que pertencem/não pertencem às associações de advogados (se possível praticar o direito sem pertencer a uma associação)
c) Número e porcentagem de advogados praticantes que realizam trabalhos de defesa criminal.
d) Número e porcentagem de advogados (i) que exercem justiça gratuita e (ii) efetuam trabalhos de defesa criminal.
e) Número e porcentagem de advogados que trabalham para os serviços de Defensoria Pública.
f) Número de queixas contra advogados e resultado das queixas/procedimentos disciplinares.

1.4 Direito à informação sobre a acusação

1) Há uma obrigação legal que ordene que:
   i. um suspeito (isto é, uma pessoa interrogada pela polícia ou pela procuradoria em circunstâncias nas quais há razões para suspeitar que cometeu um delito) ou
   ii. um acusado (ou seja, uma pessoa contra a qual se abriu um processo penal) seja informado da natureza e da causa da acusação contra ele?

Se a resposta for afirmativa:

a) qual é a fonte dessa obrigação?
b) quando surge esse dever?
c) é esse direito absoluto ou condicionado?
d) em que grau tem que ser fornecida essa informação?
e) de que forma se deve fornecer essa informação (por exemplo, oralmente, por escrito, resumida ou completa?)
f) há uma obrigação contínua de fornecer informação à medida que a investigação/o caso se desenvolve?
g) existe evidência se essa obrigação é cumprida e como se cumpre?
h) há sanções ou medidas judiciais disponíveis, caso não se cumpra essa obrigação?

2) Há uma obrigação legal que exija que:
   i. um suspeito (quer dizer, uma pessoa interrogada pela polícia ou pela procuradoria em circunstâncias nas quais há razões para suspeitar que cometeu um delito) ou
   ii. um acusado (isto é, uma pessoa contra a qual se abriu um processo penal) seja informado em detalhe da acusação contra ela (ou seja, informação sobre a investigação e as provas obtidas), o que inclui o material que não se apresenta/se apresenta perante o tribunal?

Se a resposta for afirmativa:
   a) qual é a fonte dessa obrigação?
   b) quando surge essa obrigação?
   c) esse direito é absoluto ou condicionado?
   d) em que medida essa informação deve ser fornecida?
   e) de que forma tem que ser fornecida a informação (por exemplo, oralmente, por escrito, resumida ou completa?)
   f) há algum prazo em que se deva fornecer essa informação?
   g) há alguma obrigação contínua de fornecer informação à medida que a investigação/o caso se desenvolve?
   h) existe evidência se essa obrigação é cumprida e como se cumpre?

3) Há alguma obrigação legal de fornecer a informação à qual se referem as perguntas 1) e 4) ao suspeito ou acusado em uma linguagem que entenda?

Caso a resposta seja afirmativa:
   a) qual é a fonte dessa obrigação?
   b) existe evidência se essa obrigação é cumprida e como se cumpre?
   c) há sanções ou medidas judiciais disponíveis se não se cumprir essa obrigação?

4) Há alguma diferença entre os suspeitos e os acusados pobres ou que recebem justiça gratuita e os que podem pagar por si mesmos os serviços legais:
   a) nas normas jurídicas?
   b) na prática?

5) Há alguma obrigação de fornecer ao suspeito ou ao acusado uma "carta de direitos" na qual seus direitos sejam informados?
   a) qual é a fonte dessa obrigação?
   b) quem tem que fornecer a "carta de direitos"? Quando estiver disponível, anexe a "carta de direitos" de sua jurisdição.

c) em que etapa se deve entregar a "carta de direitos" ao suspeito ou acusado?
d) há alguma obrigação de fornecer a "carta de direitos" em uma linguagem que o suspeito ou o acusado compreenda?
e) há alguma obrigação de verificar se o suspeito ou o acusado compreendeu os direitos incluídos na "carta de direitos"?
f) existe evidência se essa obrigação é cumprida e como é cumprida?
g) há sanções ou medidas judiciais disponíveis caso não se cumpra essa obrigação?

1.5 O direito à defesa

1) Tem o suspeito ou o acusado o direito à autodefesa:
   i. na etapa de investigação?
   ii. durante a etapa de julgamento?
   iii. e há alguma diferença entre a etapa de primeira instância e a de recurso ou cassação?

Se o suspeito ou o acusado tem o direito à autodefesa:
   a) qual é a fonte desse direito?
   b) quando surge esse direito?
   c) como é o suspeito ou o acusado informado desse direito?
   d) é esse direito diferente em função dos recursos econômicos dos suspeitos e acusados ou de receberem justiça gratuita?
   e) existe evidência se esse direito é exercido e como se cumpre?

2) O suspeito ou o acusado tem o direito à assistência de um advogado?

Se a resposta for afirmativa:
   a) qual é a fonte desse direito?
   b) quando surge esse direito (por exemplo, ao ser preso, só se for apresentado perante um tribunal etc)
   c) como o suspeito ou o acusado é informado desse direito?
   d) como se deixa registrada a solicitação de um advogado?
   e) esse direito é diferente em função dos recursos econômicos dos suspeitos e acusados ou de receberem justiça gratuita?
   f) há alguma circunstância na qual a assistência jurídica seja obrigatória?
   g) há alguma circunstância na qual não se permita assistência jurídica

(por exemplo, durante o interrogatório, em um encontro com o procurador, em uma audiência perante um juiz)?

h) há alguma norma que permita ao suspeito ou o acusado renunciar ao direito ou à obrigação de ter um advogado?

3) O suspeito ou o acusado tem direito a escolher seu próprio advogado?

Se a resposta for afirmativa:

a) qual é a fonte desse direito?
b) esse direito é absoluto?
c) esse direito é diferente em função dos recursos econômicos dos suspeitos ou acusados?
d) se a escolha estiver restrita, o suspeito ou o acusado tem o direito a solicitar uma substituição?
e) existe evidência sobre o exercício desse direito?

4) Quais são as disposições para contatar ou nomear um advogado?

a) Essas disposições estão contidas na lei, em normas processuais, em protocolos etc.?
b) Esse direito é diferente em função dos recursos econômicos dos suspeitos ou acusados ou de receberem justiça gratuita?
c) Como diferem essas disposições se o suspeito ou o acusado estiver preso?
d) Há alguma evidência sobre como funcionam essas disposições na prática (por exemplo, a porcentagem de solicitações que resultam na prestação de assistência jurídica, atrasos em contatar os advogados, instalações para realizar consultas legais e se são privadas etc.)?
e) Quando um suspeito ou acusado solicita um advogado, há alguma restrição a respeito do que a polícia/a procuradoria/o tribunal pode fazer antes que se preste assistência jurídica?

5) Qual é a norma existente (caso exista) que dispõe que se forneça assistência jurídica aos suspeitos ou acusados em situação de indigência, gratuita ou a um custo reduzido,

i. na etapa de investigação?
ii. durante a etapa de julgamento?
iii. e há alguma diferença entre a etapa de primeira instância e a de recurso ou cassação?

Se existir essa norma,

a) qual é o marco legal para ela?
b) como se informam os suspeitos ou acusados dessa norma?
c) há alguma obrigação legal ou profissional de fornecer assessoria jurídica ou representação para os advogados?

6) Quem toma a decisão a respeito do direito à assistência jurídica ou à representação gratuita ou subsidiada,
   i. na etapa de investigação?
   ii. durante a etapa de julgamento?
   iii. há alguma diferença entre a etapa de primeira instância e a de recurso ou cassação?
   a) Como se regulamenta (por exemplo, pela lei, por normas processuais, normas de condutas profissionais etc.)?
   b) Há alguma evidência de como funciona o processo de nomeação ou de tomada de decisões?

7) Há alguma comprovação de renda para receber assistência ou representação legal gratuita ou subsidiada?

Se a resposta for afirmativa:

a) qual é o marco legal para a comprovação de renda?
b) como se define a comprovação de renda?
c) difere comprovação de renda segundo a etapa do processo?
d) como se correspondem os níveis de elegibilidade com índices possíveis de comparação, por exemplo, o salário-mínimo?
e) quem aplica a comprovação de renda?
f) que informação deve fornecer o solicitante?
g) há normas que obriguem o suspeito ou o acusado a contribuir para os custos ou que obriguem a exigir esses custos, por exemplo, se for condenado?
h) há evidência sobre a comprovação de renda, sobre como se aplica, quanto tempo demora em tomar uma decisão e que efeitos tem (caso tenha algum) nos procedimentos (por exemplo, suspendem-se os procedimentos enquanto se toma uma decisão, qual é o atraso usual etc.)?

8) Há uma avaliação de mérito para receber assistência ou representação legal gratuita ou subsidiada?

a) qual é o marco legal para a avaliação de mérito?
b) como se define a avaliação de mérito?
c) difere a avaliação de mérito segundo a etapa do processo?
d) quem realiza a avaliação de mérito?
e) que informação deve fornecer o solicitante?
f) há evidência sobre a avaliação de mérito, sobre como se aplica, quanto tempo demora para se tomar uma decisão e que efeitos tem (se tiver algum) nos procedimentos (por exemplo, suspendem-se os procedimentos enquanto se toma uma decisão, qual é o atraso usual etc.)?

9) Há algumas restrições especiais sobre a disponibilidade de justiça gratuita, assessoria ou representação legal, escolha de advogado etc. em casos de terrorismo?

Se a resposta for afirmativa:

a) qual é a fonte das restrições?
b) como se definem os casos de terrorismo?
c) e há alguma evidência sobre a aplicação das restrições?

10) Que tipo de atuação a justiça gratuita abrange e há diferença dependendo da etapa dos procedimentos?

a) Há restrições sobre a quantidade de trabalho que pode fazer ou pelo qual se pode pagar?
b) A justiça gratuita abrange:
   i. a busca ou o interrogatório de testemunhas?
   ii. realizar outras investigações?
   iii. a preparação de especialistas?

11) Tem alguma consequência para o acusado ou para a polícia/a procuradoria, para a admissão ou uso da prova, ou para a decisão final (sentença), se um suspeito ou acusado:

a) não tiver representação/assistência legal?
b) não for informado de seu direito a ter advogado ou a receber justiça gratuita?
c) que desejar um advogado vir negado seu acesso a ele ou, ainda quando tiver acesso, o obtém com atraso (certos atos processuais, por exemplo, os interrogatórios, são celebrados sem a presença de um advogado)?
d) vir negado o direito a escolher seu advogado ou tiver seu advogado substituído por outro?

12) Quais são as disposições sobre a remuneração dos advogados nos casos em que existir justiça gratuita?
    a) Qual é o marco legal dessa remuneração?
    b) Varia segundo o tipo de caso, a etapa dos procedimentos etc.?
    c) Como variam os níveis de remuneração comparados com a remuneração dos casos financiados privadamente?
    d) Há alguma evidência sobre como funciona o sistema de remuneração na prática?

1.6 Facilitar uma defesa efetiva

1) Que direitos ou poderes o acusado ou o suspeito tem para:
    i. obter provas?
    ii. investigar os fatos?
    iii. interrogar as possíveis testemunhas —ou pedir à polícia/a procuradoria que o faça?
    iv. solicitar a intervenção probatória de especialistas?

Relativo a qualquer um desses direitos ou poderes:
    a) qual é a fonte desse direito?
    b) é um direito absoluto ou condicionado?
    c) o exercício desse direito depende dos recursos econômicos dos suspeitos e acusados ou de receberem justiça gratuita?
    d) o exercício desse direito varia para um suspeito ou acusado quando estiver preso?
    e) há limitações profissionais para um advogado que realizar qualquer uma dessas atividades?
    f) existe evidência se esse direito é exercido e como se cumpre?
    g) há sanções ou medidas judiciais disponíveis caso não se respeite esse direito ou poder?

2) Que direito o suspeito ou o acusado (de forma pessoal ou por meio de seu advogado) tem de solicitar liberdade sob fiança (isto é, a ser colocado em liberdade, envolvendo ou não uma obrigação financeira de sua parte)
    i. durante o período depois da prisão (provisória) inicial?
    ii. enquanto estiver faltando o resultado das investigações?
    iii. enquanto estiver faltando a decisão do caso?

No que se refere ao direito de solicitar fiança,

a) qual é a fonte desse direito?
b) quem toma a decisão a respeito da fiança?
c) a liberdade sob fiança depende do pagamento de dinheiro?
d) que condições, se existirem, podem impor-se quando uma pessoa é posta em liberdade sob fiança?
e) o exercício do direito depende dos recursos financeiros do suspeito ou acusado?
f) há evidência sobre a implementação prática do direito a solicitar fiança?

3) Qual é o prazo de notificação à defesa exigido antes de um encontro com um procurador, um juiz ou tribunal, e que norma existe para que uma audiência qualquer seja atrasada/suspensa a fim de dar ao acusado ou a seu advogado tempo para preparar a defesa?
   a) Qual é a fonte desses períodos de notificação?
   b) Há alguma prova de como isso funciona na prática?
   c) Há alguma sanção ou medida judicial, se o período de notificação não se cumprir?

4) No que tange às provas apresentadas perante o tribunal julgador e as testemunhas que prestam depoimento perante o tribunal:
   i. quem decide quais são as provas que se podem apresentar ou que testemunhas serão chamadas para prestar depoimento perante o tribunal?
   ii. se as decisões não forem tomadas pelo acusado ou seu advogado, o acusado ou seu advogado tem direito a solicitar que se produzam as provas ou que se chame as testemunhas para prestar depoimento perante o tribunal?
   iii. que direito o acusado ou seu advogado tem a interrogar ou contrainterrogar as testemunhas?
   iv. há alguma norma quanto às provas obtidas de forma ilegal ou ilegítima, para efeitos de que sejam excluídas do processo; por exemplo, como se tratam as provas obtidas por meio de tortura ou maus-tratos e como se tratam as provas obtidas sem presença de um advogado?

Em relação a essas questões:

a) qual é a fonte legal dos procedimentos e direitos, caso existam esses direitos?

b) o exercício desses direitos depende dos recursos financeiros do acusado?
c) há alguma prova de como funcionam esses processos na prática?

5) Existe a declaração de culpabilidade ou um julgamento abreviado, em que o tribunal não ouve ou examina as provas?
   a) Qual é a fonte legal desses procedimentos?
   b) Como funcionam os procedimentos de declaração de culpa ou os procedimentos com audiências abreviadas?
   c) Quais são os incentivos formais (legais) para que um acusado utilize a declaração de culpabilidade ou o processo abreviado, por exemplo, redução da sentença, fiança etc.?

6) Um suspeito ou acusado tem direito a se comunicar reservadamente com seu advogado:
   i. na etapa de investigação? e
   ii. na etapa de julgamento?
      a) Qual é a fonte desse direito?
      b) Qual é a fonte legal dessas limitações?
      c) Quem decide se a comunicação com o advogado não pode ser realizada reservadamente?
      d) Há alguma diferença se o suspeito ou acusado estiver preso?
      e) Há alguma evidência do grau em que o poder de limitar a comunicação reservada é usado?
      f) Há alguma sanção ou medida judicial se o direito for violado?

7) Um advogado que age em nome do suspeito ou acusado tem o direito a comunicar-se com terceiros, por exemplo, testemunhas, especialistas etc.?
   a) Qual é a fonte legal desse direito?
   b) Há alguma limitação ao exercício do direito?
   c) Quem decide se se pode interferir nesse direito?
   d) Há alguma evidência do grau em que se interfere nesse direito?
   e) Há alguma sanção ou medida judicial se o direito for violado?

8) Os advogados padecem com alguma forma de interferência externa que afete sua capacidade de agir no melhor interesse de seus clientes?

Se existir essa interferência,
   a) que interferência é permissível e em que circunstâncias?

b) qual é a fonte legal das formas de interferência?
c) há alguma diferença se o suspeito ou o acusado estiver preso?
d) há alguma diferença se o advogado for pago com justiça gratuita ou for um defensor público?

9) Há uma associação profissional de advogados?

Se houver,

a) é a associação profissional de advogados independente do governo e das instituições públicas?
b) qual é a personalidade jurídica da associação?
c) os advogados praticantes têm que pertencer à associação de advogados?
d) há restrições à afiliação à associação profissional de advogados para os advogados qualificados?
e) a associação profissional de advogados é o único órgão com poder disciplinar sobre os advogados? Como funciona o processo disciplinar?
f) a associação profissional de advogados tem uma seção especializada para os advogados criminais ou há uma organização especializada para eles?
g) quais são as funções dessa organização/seção especializada?

10) Como são as obrigações dos advogados com seus clientes:

i. descritas e
ii. regulamentadas?

a) Há alguma diferença a respeito dos advogados defensores criminais?
b) Há algum mecanismo de reclamação para os clientes insatisfeitos com o serviço prestado por seu advogado?
c) Há alguma evidência de como funciona a regulamentação e os mecanismos de reclamação, em especial no que se refere aos advogados criminais?
d) São publicados os resultados das reclamações ou dos procedimentos disciplinares?

11) Quanto ao trabalho de defesa criminal:

i. é a prestação de serviços legais limitada aos advogados qualificados?
ii. existem requisitos sobre a qualidade mínima do serviço que os advogados que prestam serviços de defesa criminal tenham que cumprir?

Se a resposta à pergunta "ii" for afirmativa,

a) quem impõe os requisitos?
b) quais são os requisitos?
c) como são regulamentados e cumpridos?
d) há alguma evidência sobre como funcionam, na prática, os requisitos sobre qualidade do serviço?

1.7 O direito aos serviços de interpretação e tradução

Um suspeito ou acusado tem direito à assistência gratuita de um intérprete se não puder compreender ou falar a língua de seu advogado, do investigador ou do tribunal?

Se a resposta for afirmativa,

a) qual é a fonte desse direito?
b) como se determina a necessidade de um intérprete?
c) quem tem a competência de determiná-la?
d) quem o paga?
e) há alguma evidência de como funciona?
f) há alguma medida judicial ou sanção se o direito for violado?

2) Um suspeito ou advogado tem direito à tradução gratuita de documentos, provas etc., se não puder compreender o idioma em que estiverem escritos?

a) Qual é a fonte desse direito?
b) Como se determina a necessidade de tradução?
c) Quem tem a competência para determiná-la?
d) Quem a paga?
e) Há alguma evidência de como funciona?
f) Há alguma medida judicial ou sanção se o direito for violado?

3) Há alguma regulamentação da competência e da independência dos intérpretes e tradutores?

a) Qual é a fonte dessa regulamentação?
b) Como funciona?
c) Há alguma medida judicial ou sanção disponível para o suspeito ou o acusado se um intérprete ou tradutor não for competente ou independente?

1.8 Garantias adicionais para grupos vulneráveis

1) Há alguma norma especial relativa:
   i. ao direito à assistência jurídica;
   ii. sobre a fiança ou
   iii. sobre os procedimentos judiciais
   para suspeitos e acusados menores de idade?

Se a resposta for afirmativa:
   a) qual é a fonte dessas normas especiais?
   b) como se define "menor de idade"?
   c) quais são as normas especiais?
   d) há alguma evidência sobre como usar e aplicar as normas especiais?
   e) há alguma medida ou sanção se não se respeitarem as normas especiais?

2) Há alguma norma especial relativa:
   i. ao direito à assistência jurídica;
   ii. sobre a fiança ou
   iii. sobre os procedimentos judiciais

para os suspeitos e acusados com transtorno mental ou para qualquer outro grupo vulnerável específico, como os grupos indígenas?

Se a resposta for afirmativa:
   a) qual é a fonte dessas normas especiais?
   b) como se define "transtorno mental"?
   c) quais são as normas especiais?
   d) há alguma evidência sobre o uso e aplicação das normas especiais?
   e) há alguma medida ou sanção se não se respeitarem as normas especiais?

1.9 Garantias para os julgamentos a revelia

1) O acusado pode ser julgado a revelia?

Se a resposta for afirmativa:
   a) quais são as proteções ou garantias existentes?
   b) qual é a fonte dessas proteções ou garantias?
   c) há alguma evidência sobre o número e a proporção de julgamentos celebrados em revelia do acusado, e como funcionam esses julgamentos?
   d) há alguma medida ou sanção se essas proteções ou garantias forem violadas?

ANEXO IV. FORMATO DA RESENHA CRÍTICA

Finalidade da resenha crítica

A finalidade da resenha crítica do sistema de justiça criminal incluída para cada jurisdição desta pesquisa é proporcionar um relato crítico e dinâmico do sistema e dos processos, em que se usem as fontes existentes de informação a fim de oferecer um contexto que permita compreender os dados coletados durante a pesquisa. Junto com a revisão documental, contribuirá com um fundamento para determinar que tipo de pesquisa adicional se requer para elaborar o relatório de cada país. Quando for pertinente, podem usar-se referências cruzadas, ao invés de repetir a informação.

O objetivo geral do projeto é contribuir para a implementação efetiva dos direitos dos acusados em situação de vulnerabilidade para que gozem de uma defesa real e efetiva, como parte de um processo que promova o cumprimento e o respeito do Estado de Direito e dos direitos humanos. A defesa criminal efetiva tem três dimensões: contextual, procedimental e de resultados. A resenha crítica será a principal fonte de informação sobre a dimensão contextual e de resultados, mas também pode proporcionar informação sobre a dimensão procedimental na medida em que esses dados estiverem disponíveis.

A extensão recomendada para o relato crítico é de oito mil palavras, ainda que, se necessário, possa ir além disso; deve-se obedecer, em linhas gerais, à estrutura descrita a seguir.

Já que os sistemas de justiça criminal na maioria das jurisdições estão, em maior ou menor medida, mudando com rapidez, o relato deveria ser dinâmico, no sentido de transmitir as caraterísticas primordiais dessas mudanças e a "direção do percurso".

Quando estiverem disponíveis, deve-se fazer referência aos dados e às estatísticas, e a outra evidência de pesquisa existente. As diretrizes sobre a forma de apresentar as referências são descritas mais adiante.

Guia de estilo

Um guia detalhado de estilo com instruções sobre como referenciar os documentos citados será oferecido pela equipe de gestão de projetos antes do começo do trabalho.

1. Introdução

Uma breve introdução ao sistema de justiça criminal e seus procedimentos, em que sejam descritas suas caraterísticas típicas, as áreas de mudança significativas nos últimos 10 anos, a aplicação da jurisprudência internacional ou regional, como a proveniente do sistema interamericano, as principais questões recentes ou atuais (por exemplo, terrorismo, superlotação carcerária, imigrantes e crime etc.)

2. O delito e seu contexto social e político

a) Breve informação geopolítica, por exemplo, população, concentrações de população, etnias.

b) Taxas de criminalidade (se estão aumentando, diminuindo ou estão estáveis); como se mede o delito, as taxas de encarceramento (tanto para os presos sentenciados quanto não sentenciados), os perfis étnicos dos suspeitos e acusados e as populações carcerárias.

c) As percepções públicas e políticas do delito: se o delito é uma consideração importante para o público e os meios de comunicação, o lugar do delito no debate político, o receio dos delitos, as estatísticas e as percepções de se os delitos são cometidos, por exemplo, pelos pobres, os "estranhos" (por exemplo, as minorias étnicas), as quadrilhas organizadas etc.

d) As atitudes para lidar com suspeitos e acusados, e se estiverem mudando, por exemplo, se essas atitudes puderem descrever-se como liberais, se estiverem tornando-se mais ou menos punitivas, se as medidas punitivas são

populares, e as percepções das normas de direitos humanos em sua relação com o delito e com aqueles acusados dele.

e) Percepções políticas e públicas dos profissionais e das instituições da justiça criminal: advogados, policiais, procuradores, juízes e tribunais.

f) Percepções políticas e públicas e atitudes sobre a despesa do Estado com o sistema de justiça criminal, e a despesa com assistência e justiça gratuita aos suspeitos e acusados.

g) Percepções políticas e públicas sobre justiça e acesso à justiça, em especial no caso de suspeitos e acusados pobres.

h) Percepções e consciência dos direitos no sistema de justiça criminal.

i) O predomínio e as percepções da tortura no sistema de justiça criminal.

3. A estrutura e os processos do sistema de justiça criminal

a) A tradição e as caraterísticas básicas do sistema de justiça criminal, por exemplo, se é acusatório ou inquisitivo.

b) As etapas relevantes do processo penal e a nomenclatura relevante (por exemplo, na Inglaterra e em Gales há fundamentalmente três etapas: 1) etapa pré-acusatória ou de investigação, quando o sujeito de investigação é conhecido como suspeito; 2) etapa da acusação ao julgamento, em que a pessoa é conhecida como *"defendant"* ou acusado; 3) etapa posterior à condenação, na qual a pessoa é conhecida como condenada, criminosa ou apelante —se estiver apelando a condenação ou a sentença).

c) Classificação dos delitos.

d) A estrutura e as funções dos tribunais penais, de primeira instância e de recurso.

e) Como se iniciam e continuam os procedimentos penais, incluídas as etapas básicas (por exemplo, a prisão, a acusação, as alegações) e se são possíveis as declarações de culpabilidade ou os procedimentos abreviados (e o grau em que se usam esses procedimentos).

f) Se há mecanismos para lidar com as condutas delitivas por meios administrativos (e o grau em que se usam esses mecanismos).

g) A relação entre a etapa de investigação e a etapa do julgamento: o princípio de celeridade na teoria e na prática, o uso de depoimento iniciais anteriores ao julgamento por parte do acusado e das testemunhas como provas durante o julgamento, mecanismos para excluir as provas obtidas de forma ilegal ou injusta.

h) Quem decide que material se apresenta perante o tribunal e que testemunhas são chamadas para dar seu depoimento.

4. Profissionais e instituições da justiça criminal

a) O papel da polícia, procuradoria e juízes, as estruturas e instituições nas quais trabalham e a relação entre elas.

b) A função dos advogados encarregados da defesa criminal e as estruturas com as quais trabalham (por exemplo, os defensores públicos, a prática privada, o grau de especialização etc.).

c) As percepções do trabalho de defesa criminal na profissão legal.

d) A relação entre os advogados defensores criminais e outras profissões e instituições da justiça penal.

e) Se o papel e a cultura dos advogados defensores criminais, da polícia, dos procuradores e dos juízes desenvolveu-se para refletir as reformas do procedimento penal.

5. A organização da assistência jurídica

Uma descrição do sistema de justiça gratuita e outros mecanismos para proporcionar serviços legais para os suspeitos e acusados pobres ou relativamente pobres, incluindo:

a) se há uma instituição que tem a responsabilidade geral de prestar justiça gratuita e uma descrição de seu status e funções;

b) como são financiados e prestados os serviços legais subsidiados por lei, por exemplo, mediante uma associação advogados privada, mediante um serviço de defensoria pública etc.

c) quais são os acordos organizacionais para prestar os serviços de justiça gratuita,

por exemplo, como está organizado o serviço de Defensoria Pública; todas as questões de independência, o nível de complexidade da organização; a supervisão ou a falta de supervisão nos departamentos administrativos; se há seções especializadas para os menores de idade e certos tipos de delito; questões de qualidade e padrões da prestação de justiça gratuita; questões sobre a carga de trabalho; questões sobre responsabilidade profissional etc.;

d) disposições financeiras a respeito da justiça gratuita, por exemplo, se os advogados são pagos caso por caso, por tempo empregado ou por uma quantidade fixa etc.

6. Direitos e liberdades

Se certos efeitos são dados, e como, na teoria e na prática:

a) à presunção de inocência;

b) ao "direito a permanecer em silêncio";

c) ao ônus da prova;

d) ao direito a uma sentença fundamentada;

e) ao direito ao recurso;

f) à igualdade de meios de defesa;

g) ao direito a ser posto em liberdade enquanto aguarda pelo julgamento (as atitudes e as percepções do uso da prisão provisória. As porcentagens de presos provisórios e uma análise de como se usa a prisão provisória).

7. Conclusões preliminares

As principais questões e desafios para o sistema de justiça criminal nos próximos anos, incluídas as que surgem da revisão documental e as principais mudanças futuras do sistema de justiça criminal ou seus procedimentos.

8. Bibliografia selecionada

Os principais livros, relatórios de pesquisa e outras fontes sobre o sistema de justiça criminal e seus procedimentos (tanto no idioma do país correspondente quanto em inglês).

ANEXO V. ESTRUTURA DO RELATÓRIO DO PAÍS

Como foi apontado, o relatório do país deve seguir esta estrutura. Os números entre parênteses do lado de cada seção são um guia sobre o número máximo de palavras para ela, mas há que salientar que são só uma indicação.

1. Introdução (1.800)

Esta seção deve apresentar um panorama que permita entender o relatório e seus resultados. Os pesquisadores podem decidir que informação incluir, por exemplo: as especificidades dos sistemas de justiça criminal; a informação do país; os níveis de pobreza, discriminação e outras importantes questões sociais e políticas, se forem relevantes etc.

Deve-se fazer alguma referência ao tamanho da população e a outra informação demográfica básica de maneira que um leitor não familiarizado com o país consiga ter certa compreensão sobre seu contexto. Deve incluir também qualquer mudança importante e a "direção do percurso".

2. Justiça gratuita (900)

Esta seção deve explicar a norma sobre justiça gratuita para casos criminais em seu país, incluindo:

- despesas com justiça criminal gratuita, diferenciados mediante referência às diferentes etapas do processo penal, se essa informação estiver disponível;
- responsabilidade institucional para administrar a justiça gratuita, por exemplo, se houver uma comissão de serviços legais ou um organismo parecido;

- métodos para prestar serviços de justiça gratuita —por exemplo, advogados particulares, defensores públicos, sistema de advocacia social etc.;
- elegibilidade para a justiça gratuita, mediante referência às distintas etapas do processo penal;
- métodos de aplicação e nomeação de advogados financiados pelo Estado e
- remuneração, se for possível, comparando-a com as tarifas da justiça gratuita financiada de maneira privada.

3. Direitos legais e sua implementação (9.300)

3.1 O direito à informação

Esta seção deve incluir uma descrição sobre como o sistema jurídico regulamenta os seguintes direitos, além de um relato crítico sobre como funcionam na prática o acesso à:

- informação sobre direitos processuais (a "carta de direitos");
- informação sobre a natureza e a causa da acusação;
- informação detalhada (direito de acesso ao processo ou cópias deste) relativa aos materiais/às provas relevantes, que estão à disposição da polícia/da procuradoria/do juiz.

3.2 O direito à autodefesa

Esta seção deve incluir uma descrição sobre como o sistema jurídico regulamenta a defesa, além de um relato crítico sobre como funciona na prática, diferenciando entre (i) o direito do suspeito ou acusado a defender-se por si mesmo e (ii) o direito a obter assessoria ou representação legal.

Esta seção deve incluir:

- o momento em que surge o direito;
- se existe a possibilidade de escolher advogado;
- se há uma norma que contemple a nomeação de um advogado sem custo ou a custo reduzido, caso o suspeito ou acusado não possa arcar com um advogado e preencha as condições para tanto (fazer referências cruzadas à seção 2 quando se necessário);
- disposições para acessar a assistência e representação legais;
- se existe um direito de comunicação reservada com o advogado;
- como se faz efetivo o direito a um advogado independente e competente

que tenha a obrigação profissional de agir no melhor interesse de seu cliente;
- qualquer norma especial para suspeitos e acusados vulneráveis (em razão de sua idade ou doença mental);
- se há alguma diferença no direito ou na prática entre suspeitos e acusados que pagam de forma privada seus serviços e os que requerem justiça gratuita.

3.3 Direitos processuais

Esta seção deve incluir uma descrição sobre como são regulamentados os seguintes direitos, além de um relato crítico sobre como funcionam na prática:

3.3.1 o direito à liberdade provisória;

3.3.2 o direito do acusado a que se julgue em sua presença;

3.3.3 o direito à presunção de inocência;

3.3.4 o direito a permanecer em silêncio;

3.3.5 o direito a decisões fundamentadas;

3.3.6 o direito ao recurso.

A análise de cada um dos direitos processuais que se enumeraram deve incluir:
- o reconhecimento legal (do direito em geral);
- a proteção processual (os mecanismos processuais pensados para garantir que o direito possa ser efetivo);
- evidências de como o direito é implementado na prática;
- análise/evidência de como funciona para os acusados pobres;
- análise/evidência de como funciona para as minorias étnicas quando for relevante (isto é, quando (i) as leis e os procedimentos discriminem expressamente as minorias ou, na sua aplicação, têm impacto desproporcional, (ii) há evidência de discriminação contra as minorias no momento de conceder certos direitos, segundo o estabelecido em pesquisas prévias).

3.4 Direitos relativos à defesa efetiva

Esta seção deve incluir uma descrição de como são regulamentados os seguintes direitos, além de um relato crítico de como funcionam na prática.

3.4.1 Direito a investigar o caso.

Inclui os direitos:

a) à igualdade de meios processuais (o que inclui o direito a estar presente tanto nas atividades de investigação quanto nas etapas de reconhecimento);

b) a obter provas;

c) a investigar os fatos;

d) a interrogar as possíveis testemunhas;

e) a obter provas dos especialistas.

3.4.2 Direito a ter um tempo adequado e instalações adequadas para a preparação da defesa.

3.4.3 Direito à igualdade de meios de defesa no interrogatório das testemunhas. Isso se refere ao direito a garantir a presença das testemunhas favoráveis ao acusado e a interrogá-las, ou a que sejam interrogadas nas mesmas condições das testemunhas de acusação.

3.4.4 Direito a um intérprete e à tradução de documentos gratuitos. Todos esses direitos devem ser garantidos durante o interrogatório, as audiências, a comunicação com um advogado para os suspeitos e acusados que não compreendam ou falem o idioma.

4. A cultura profissional dos advogados defensores/defensores públicos (1.800)

Esta seção deve incluir um relato crítico:

- da função dos advogados nos procedimentos penais e seu dever com o cliente, como se reflete nas normas e padrões éticos, e como é percebida pelos advogados e outros participantes do sistema;
- da existência (ou não) de um organismo profissional unificado, ou de vários, e sua função ou a percepção de sua função;
- do grau em que a profissão ou as profissões jurídicas e as associações de advogados assumem a responsabilidade pela justiça gratuita, e
- da qualidade e dos mecanismos que garantem a qualidade.

5. Compromisso político com uma defesa criminal efetiva (600)

Esta seção deve incluir uma análise crítica das políticas públicas nas áreas da defesa criminal e da justiça gratuita, e em campos relacionados, por exemplo, delito e políticas de justiça criminal, minorias, pobreza etc., quando afetarem a realização dos direitos a uma defesa criminal efetiva.

6. Conclusões (900)

Aqui, deve-se identificar e resumir (i) todas as caraterísticas positivas e (ii) todas as caraterísticas negativas ou as principais preocupações a respeito do acesso a uma defesa criminal efetiva, além de recomendações para melhorar o acesso a uma defesa criminal efetiva.

7. Bibliografia

Relacionam-se todas as publicações às quais se faz referência no relatório do país.

Este livro analisa a defesa criminal efetiva na América Latina a partir de um projeto de pesquisa desenvolvido na Argentina, Brasil, Colômbia, Guatemala, México e Peru, entre 2012 e 2014. A pesquisa foi inspirada em uma similar, realizada na Europa, que culminou com a publicação do livro *Effective Criminal Defence in Europe*, em 2010.

Esta pesquisa foi realizada pelas seguintes organizações da região: Asociación por los Derechos Civiles (ADC, Argentina); Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Inecip, Argentina); Conectas Direitos Humanos (Conectas, Brasil); Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD, Brasil); Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia, Colômbia); Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales (ICCPG, Guatemala); Instituto de Justicia Procesal Penal (IJPP, México) e Centro para el Desarrollo de la Justicia y la Seguridad Ciudadana (Cerjusc, Peru). Contou com o apoio da Open Society Justice Initiative (Justice Initiative) e foi financiado pela Iniciativa de Direitos Humanos e pelo Programa da América Latina da Fundação Open Society.

O livro tem três partes. Na primeira, são analisados, de maneira geral, os padrões internacionais e regionais relacionados com os direitos relevantes para o acesso a uma defesa criminal efetiva. Na segunda, é examinada a situação da defesa criminal efetiva na Argentina, Brasil, Colômbia, Guatemala, México e Peru. Na última, é oferecida uma análise transversal das constatações sobre a matéria de defesa criminal efetiva na região. Além disso, inclui-se, como anexo, um desenvolvimento particularizado dos padrões internacionais sobre a defesa criminal efetiva para a região.

ADC / Asociación por los Derechos Civiles

CERJUSC
CENTRO PARA EL DESARROLLO DE LA JUSTICIA Y LA SEGURIDAD CIUDADANA

idd idd

CONECTAS DIREITOS HUMANOS

Instituto de Justicia Procesal Penal
PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Dejusticia
derecho · justicia · sociedad

INECIP
25 años

ICCPG
Instituto de Estudios Comparados En Ciencias Penales de Guatemala
Por una cultura de justicia y equidad