IGUALDADE SUBSTANCIAL NO PROCESSO PENAL: fundamentos constitucionais da atuação da Defensoria Pública

Ian Marcos Martins Palmeira[18]

RESUMO

O artigo examina se a igualdade formal entre acusação e defesa basta para legitimar a jurisdição penal ou se a Constituição exige uma igualdade substancial cuja realização depende da Defensoria Pública. A pesquisa adota método jurídico-dogmático, com *corpus* normativo composto pela Constituição, pelo Código de Processo Penal e pela Lei Complementar n.º 80/1994, *corpus* bibliográfico centrado no garantismo de Luigi Ferrajoli, na epistemologia da prova e na doutrina sobre a Defensoria Pública, e precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF), do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e da Corte Interamericana selecionados por pertinência temática. Sustenta-se que a contribuição da tese reside na dimensão epistemológica da igualdade processual: uma defesa deficiente empobrece o conjunto probatório, enfraquece o controle das hipóteses acusatórias e aumenta o risco de condenações erradas, de modo que a desigualdade entre as partes compromete a qualidade cognitiva da decisão. Define-se a Defensoria Pública como garantia institucional, distinta da defesa técnica por advogado constituído, cuja função é assegurar ao sistema um patamar mínimo de defesa efetiva. Dessa premissa extraem-se quatro consequências dogmáticas: um padrão aferível de defesa efetiva, a releitura da Súmula 523 do STF, a fundamentação das prerrogativas processuais contra a objeção de privilégio e deveres estruturais do Estado quanto à instalação e ao orçamento da instituição, além de um exame aplicado da investigação defensiva e do controle da cadeia de custódia.

[18] Defensor Público do Estado do Amazonas. Especialista em Direito Público pela Universidade do Estado do Amazonas. Mestrando em Direito Público pela UNISINOS. ianpalmeira@defensoria.am.def.br.

Palavras-chave: Processo penal; igualdade substancial; epistemologia da prova; Defensoria Pública; garantia institucional.

ABSTRACT

This article examines whether formal equality between prosecution and defence is sufficient to legitimise criminal adjudication or whether the Brazilian Constitution requires a substantive equality whose realisation depends on the Public Defender's Office. The research follows a doctrinal legal method, with a normative *corpus* formed by the Constitution, the Code of Criminal Procedure and Complementary Law No. 80/1994, a bibliographic *corpus* centred on Luigi Ferrajoli's theory of penal guarantees, on the epistemology of evidence and on scholarship about the Public Defender's Office, and precedents of the Brazilian Supreme Court, the Superior Court of Justice and the Inter-American Court selected for thematic relevance. The article argues that the contribution of the thesis lies in the epistemic dimension of procedural equality: a deficient defence impoverishes the body of evidence, weakens the testing of prosecutorial hypotheses and increases the risk of wrongful convictions, so that inequality between the parties undermines the cognitive quality of the decision. The Public Defender's Office is defined as an institutional guarantee, distinct from technical defence by retained counsel, whose function is to ensure a minimum standard of effective defence throughout the system. Four doctrinal consequences follow: a verifiable standard of effective defence, a rereading of Precedent 523 of the Supreme Court, a justification of procedural prerogatives against the objection of privilege and structural duties of the State concerning the institution's presence and budget, together with an applied analysis of defensive investigation and control of the chain of custody.

Keywords: Criminal procedure; substantive equality; epistemology of evidence; Public Defender's Office; institutional guarantee.

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 reconheceu a Defensoria Pública como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado e incumbida da orientação jurídica, da promoção dos direitos humanos e da defesa integral e gratuita dos necessitados (art. 134). A partir desse desenho, formou-se uma doutrina que reconstrói a posição da instituição para além da assistência judiciária, associando sua legitimidade à promoção da igualdade material no acesso à justiça. É o caso dos estudos de Alves (2006; 2010) sobre a trajetória da assistência jurídica, de Sousa (2011) sobre a superação da leitura individualista da instituição após a Lei Complementar n.º 132/2009, de Esteves e Silva (2018) sobre os princípios institucionais da Defensoria e de Maia (2021) sobre o ciclo jurídico da vulnerabilidade.

No processo penal, a literatura garantista elaborou, por sua vez, a igualdade entre acusação e defesa como condição de legitimidade do poder punitivo. Ferrajoli (2002) vincula a validade da jurisdição criminal a um sistema de garantias que limita o arbítrio estatal, e a doutrina brasileira recebeu essa matriz para ler o processo como garantia do acusado (LOPES JR., 2019; PRADO, 2019).

As duas construções, porém, desenvolveram-se em planos paralelos. A doutrina defensorial afirma que a Defensoria realiza a igualdade material, mas raramente explicita o que essa igualdade significa dentro da relação processual penal e quais efeitos ela produz sobre a decisão. Esteves e Silva (2018) tratam a paridade de armas sobretudo como fundamento das prerrogativas institucionais; Maia (2021) concentra-se na categoria da vulnerabilidade, sem examinar o modo como ela afeta a formação da prova; Silva (2019), ao estudar a investigação criminal direta pela defesa, aproxima-se do problema probatório, mas a partir das faculdades da defesa, e não da posição constitucional da instituição. Do lado processual penal, a epistemologia da prova (TARUFFO, 2014; FERRER BELTRÁN, 2021; BADARÓ, 2019) discute a qualidade cognitiva da decisão sem se ocupar do sujeito institucional encarregado de equilibrar a defesa. O ponto de contato entre os dois campos, a relação entre a

capacidade defensiva e a confiabilidade do juízo de fato, permanece pouco explorado.

Daí o problema de pesquisa: a igualdade formal entre acusação e defesa basta para legitimar a jurisdição penal, ou a Constituição exige uma igualdade substancial cuja realização depende da atuação institucional da Defensoria Pública? A hipótese é de que a Defensoria não constitui exceção à igualdade processual nem favorecimento da defesa, mas garantia institucional dessa igualdade. Reconhece-se que a afirmação geral de que a Defensoria promove a igualdade material já está inscrita no art. 134 da Constituição, na redação da Emenda Constitucional n.º 80/2014, e é sustentada pela doutrina citada. O avanço pretendido é outro: fundamentar essa função na dimensão epistemológica da igualdade processual e extrair dela consequências normativas que não decorreriam da simples leitura do texto constitucional.

Metodologicamente, a pesquisa é jurídico-dogmática e se desenvolve em três etapas: (i) reconstrução conceitual das categorias de igualdade substancial, paridade de armas e garantia institucional; (ii) análise da posição constitucional da Defensoria à luz dessas categorias; (iii) dedução de consequências dogmáticas e seu confronto com a jurisprudência. O *corpus* normativo compreende a Constituição (arts. 5º, LIV, LV e LXXIV, e 134; art. 98 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)), as Emendas Constitucionais n.º 45/2004, 74/2013 e 80/2014, o Código de Processo Penal (arts. 158-A a 158-F, 226, 261 e 263) e a Lei Complementar n.º 80/1994. O *corpus* bibliográfico reúne a teoria garantista, a literatura sobre acesso à justiça, a epistemologia da prova e a doutrina sobre a Defensoria Pública. Os precedentes foram selecionados por pertinência temática, segundo três critérios: decisões do STF e do STJ que enfrentam diretamente a deficiência de defesa, as prerrogativas processuais da Defensoria ou a confiabilidade da prova; decisões que fixam a posição institucional da Defensoria; e casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre defesa técnica efetiva. Os dados empíricos provêm de fontes públicas (Mapa da Defensoria Pública no Brasil e Pesquisa Nacional da Defensoria Pública) e servem apenas para ilustrar a assimetria estrutural, sem pretensão de análise quantitativa.

O objeto limita-se à atuação da Defensoria na defesa do acusado. A atuação em favor de vítimas (art. 4º, XI e XVIII, da Lei Complementar n.º 80/1994 e arts. 27 e 28 da Lei n.º 11.340/2006) suscita questões próprias, inclusive de compatibilidade de funções, e fica fora do recorte.

1 GARANTISMO, IGUALDADE SUBSTANCIAL E QUALIDADE DA DECISÃO PENAL

1.1 O GARANTISMO COMO PARADIGMA DE LEGITIMAÇÃO DO PROCESSO PENAL

Ferrajoli (2002, p. 683-686) atribui ao garantismo três significados: modelo normativo de estrita legalidade, teoria que distingue vigência, validade e efetividade das normas e filosofia política que exige do Estado uma justificação externa, fundada na tutela dos direitos fundamentais. Em comum, os três planos afirmam que o poder público só é legítimo quando permanece juridicamente vinculado aos direitos que limitam sua atuação.

Dessa premissa decorre a distinção entre legitimação formal e legitimação substancial (FERRAJOLI, 2002, p. 687-695). A primeira diz respeito à competência e ao procedimento; a segunda, à compatibilidade material do exercício do poder com os direitos fundamentais. No Estado constitucional, não basta que o poder seja exercido segundo a lei (*governo per leges*); a própria lei deve respeitar os limites materiais da Constituição (*governo sub lege*). A rigidez constitucional separa, assim, a existência da norma de sua validade e permite reconhecer normas vigentes, mas materialmente inválidas (FERRAJOLI, 2002, p. 696-702).

Projetada sobre a jurisdição criminal, essa distinção tem uma consequência direta. A pena não se legitima pela competência do juiz nem pela mera observância do rito, mas pela submissão efetiva do poder de punir às garantias do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência. As garantias não são obstáculos externos à persecução; são condições de validade da decisão. Lopes Jr. (2019, p. 86-88) recebe essa matriz para recusar a concepção meramente instrumental do processo e

afirmar que sua legitimidade decorre da proteção dos direitos fundamentais do acusado.

O elo mais direto entre o garantismo e o tema deste artigo encontra-se, contudo, no capítulo de *Direito e razão* dedicado às garantias processuais. Ali, Ferrajoli (2002) trata a paridade de armas como condição do contraditório e observa que ela exige dotar a defesa de poderes comparáveis aos da acusação. Para tanto, cogita de uma defesa pública institucionalizada, com estatuto análogo ao do Ministério Público, que atue ao lado da defesa de confiança e supra a disparidade estrutural entre um acusador público aparelhado e um acusado frequentemente desprovido de meios. A proposta mostra que, na própria teoria garantista, a igualdade processual não se esgota na atribuição simétrica de faculdades: ela pode demandar uma instituição.

Se a legitimidade da jurisdição depende da efetividade das garantias, a análise não pode se limitar às normas procedimentais em abstrato. É preciso verificar se os sujeitos processuais dispõem de condições materiais para exercer os direitos que o ordenamento lhes reconhece. Essa é a passagem do garantismo para a igualdade substancial.

1.2 IGUALDADE SUBSTANCIAL E PARIDADE DE ARMAS: CONCEITOS OPERACIONAIS

A Constituição estruturou o processo penal sobre garantias que pressupõem igualdade entre os participantes: o devido processo legal (art. 5º, LIV), o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV) e a assistência jurídica integral e gratuita (art. 5º, LXXIV), atribuída à Defensoria Pública (art. 134). A igualdade proclamada, contudo, convive com assimetrias concretas. O Estado comparece ao processo com o aparato policial, a investigação preliminar, a estrutura do Ministério Público e os órgãos periciais; o acusado ingressa nele, com frequência, em situação de vulnerabilidade econômica, social e informacional.

A literatura sobre acesso à justiça oferece o primeiro fundamento para enfrentar esse descompasso. Cappelletti e Garth (1988, p. 8-15) mostraram que o reconhecimento formal de direitos não assegura sua fruição e que barreiras econômicas, informacionais

e organizacionais impedem determinados grupos de exercê-los em condições equivalentes. Santos (2011, p. 41-50) deslocou o problema para o plano institucional: não basta remover custos de ingresso em juízo; é preciso construir instituições capazes de incluir os grupos historicamente excluídos do sistema de justiça. As duas contribuições convergem em um ponto: a igualdade jurídica depende do desenho das instituições, e não apenas da distribuição de direitos.

A teoria da justiça explica por que esse desenho é exigível. Dworkin (2005, p. 65-72) parte do dever do Estado de tratar as pessoas com igual consideração e respeito e propõe que a distribuição de recursos seja sensível às escolhas de cada um, mas insensível às circunstâncias que ninguém escolheu. No processo penal, a falta de meios para produzir prova ou contratar defesa qualificada é uma circunstância desse tipo: não resulta de escolha do acusado e, por isso, não deve determinar o resultado do julgamento. Sen (2011, p. 253-260) acrescenta que a justiça deve ser aferida pelas capacidades reais de agir, e não pela titularidade abstrata de direitos. Transposta ao processo, a lição indica que o contraditório só cumpre sua função quando a parte tem capacidade efetiva de influir na decisão.

Desse percurso resulta o conceito operacional adotado neste trabalho. Entende-se por igualdade substancial a condição segundo a qual os sujeitos processuais dispõem de possibilidades materiais efetivas de influir na formação da decisão jurisdicional, com a superação das desigualdades estruturais incompatíveis com a legitimidade democrática do processo penal. Paridade de armas, por sua vez, designa a dimensão procedimental dessa igualdade: a garantia de que cada parte tenha oportunidade razoável de apresentar suas razões e provas e de controlar as da parte contrária, sem desvantagem que comprometa essa oportunidade.

Os dois conceitos não se confundem com simetria absoluta entre acusação e defesa. O processo penal é deliberadamente assimétrico: a presunção de inocência atribui à acusação o ônus integral da prova e impõe a absolvição em caso de dúvida. Como observa Laudan (2013), os *standards* de prova distribuem o risco de erro e, no processo penal, aceitam mais absolvições equivocadas para reduzir condenações equivocadas. A igualdade substancial não

pretende neutralizar essa assimetria, que é garantia do acusado. Seu objeto é outro: impedir que a disparidade de meios esvazie a possibilidade de a defesa questionar a hipótese acusatória. Exigir que o Estado assegure condições efetivas de defesa não equivale, portanto, a impor à defesa um ônus probatório nem a reclamar identidade de recursos entre as partes. Equivale a garantir que o ônus atribuído à acusação seja testado por um contraditório real.

1.3 A DIMENSÃO EPISTEMOLÓGICA DA IGUALDADE PROCESSUAL

A igualdade substancial costuma ser defendida como exigência de justiça para com o acusado. Este artigo sustenta que ela tem também uma dimensão epistemológica: a qualidade da defesa condiciona a qualidade do conhecimento que o processo produz. Essa dimensão é o eixo do trabalho e o ponto em que a teoria da prova e a teoria constitucional da Defensoria se encontram.

Taruffo (2014, p. 25-26) atribui à prova uma finalidade cognitiva: fornecer ao juiz elementos racionais para reconstruir os fatos, tendo a verdade como ideal regulador. Para o autor, a formação da prova é atividade dialética, cuja confiabilidade depende da possibilidade de os elementos serem submetidos à crítica e ao confronto (TARUFFO, 2014, p. 41-49). Badaró (2019) desenvolve a mesma ideia no processo penal brasileiro, ao tratar o contraditório como método de conhecimento: a hipótese acusatória só pode ser aceita depois de resistir às tentativas de refutação.

Ferrer Beltrán (2021) distingue três momentos da atividade probatória: a conformação do conjunto de elementos de prova, sua valoração e a decisão segundo um *standard*. A distinção permite localizar com precisão o efeito da desigualdade entre as partes. No primeiro momento, quanto mais rico o conjunto probatório, maior a probabilidade de acerto da decisão; uma defesa sem meios de investigar, requerer diligências ou indicar assistente técnico deixa de aportar elementos relevantes e produz um conjunto pobre e unilateral. No segundo, a valoração depende do confronto de hipóteses; sem defesa capaz de formular hipóteses alternativas e apontar falhas na prova acusatória, o juiz valora apenas uma versão dos fatos. No terceiro, o *standard* de prova só cumpre sua função de

distribuir o risco de erro se a hipótese acusatória tiver sido efetivamente testada.

A consequência é que a desigualdade processual não é apenas um problema distributivo. Ela aumenta a probabilidade de erro judiciário, e de um tipo de erro específico: a condenação de inocentes, que é justamente aquele que o processo penal, segundo Laudan (2013), deve minimizar. Uma decisão produzida a partir de um debate assimétrico é, além de injusta para o acusado, menos confiável como conhecimento. Por isso o interesse na igualdade substancial transcende o acusado e alcança a comunidade política, que depende da racionalidade das decisões judiciais. Fiss (2004, p. 31-37) observa que a jurisdição desempenha função pública de concretização de valores constitucionais; a qualidade do procedimento, nessa perspectiva, é interesse institucional, e não apenas privado. Coutinho (2001) chega a conclusão convergente por outra via: a forma como se distribui a gestão da prova define o sistema processual e condiciona a imparcialidade do juízo.

A jurisprudência do STJ oferece uma ilustração. No *Habeas Corpus* (HC) 598.886/SC, a Sexta Turma afirmou que o procedimento do art. 226 do Código de Processo Penal (CPP) para o reconhecimento de pessoas constitui garantia mínima do suspeito, e não mera recomendação, e fundamentou essa conclusão na falibilidade da memória humana e no risco de falsos reconhecimentos (BRASIL, 2020a). O caso evidencia que regras de produção da prova têm função epistêmica e que sua observância depende de alguém em condições de exigi-la. Onde a defesa é ausente ou meramente formal, o reconhecimento irregular entra no processo sem impugnação, e o erro se converte em fundamento de condenação.

Assim, a legitimidade da jurisdição penal apresenta duas dimensões complementares: uma política, relativa à limitação do poder punitivo, e outra epistemológica, relativa à confiabilidade do conhecimento produzido. A igualdade substancial é condição de ambas.

2 A DEFENSORIA PÚBLICA COMO GARANTIA INSTITUCIONAL DA IGUALDADE PROCESSUAL

2.1 DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA À ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL

A posição constitucional da Defensoria resulta de longa evolução da assistência jurídica no Brasil. Alves (2010) descreve esse percurso como progressiva publicização da defesa dos necessitados: da assistência fundada na caridade e no dever moral da advocacia, herdada das Ordenações, chegou-se ao reconhecimento da assistência jurídica como dever do Estado. Em estudo comparado, o mesmo autor mostra que a opção brasileira por um serviço público estruturado em carreira, distinto dos modelos baseados na remuneração de advogados privados, é traço singular do sistema nacional (ALVES, 2006). Queiroz (2021, p. 29-40) acompanha essa trajetória e registra que a previsão constitucional expressa da Defensoria só ocorreu em 1988.

A mudança não foi apenas terminológica. Barbosa Moreira (1991) observou que, ao substituir a expressão "assistência judiciária" por "assistência jurídica integral e gratuita", o art. 5º, LXXIV, da Constituição ampliou o objeto do direito para abranger, além da representação em juízo, a consultoria, a orientação e a informação jurídica, voltando-se contra um dos fatores de reprodução da desigualdade: a falta de conhecimento dos próprios direitos. No mesmo sentido, Queiroz (2021, p. 36-38) aponta a passagem "de um modelo de assistência judiciária [...] para um modelo de assistência jurídica integral". Para o processo penal, a lição tem alcance específico: a igualdade entre as partes começa a ser construída antes da ação penal, na orientação do investigado, no acompanhamento da prisão em flagrante e na preservação de elementos úteis à defesa.

O reforço institucional prosseguiu nas décadas seguintes. A Lei Complementar n.º 80/1994 organizou a instituição; a Emenda Constitucional n.º 45/2004 assegurou às Defensorias estaduais autonomia funcional e administrativa e iniciativa de sua proposta orçamentária (art. 134, § 2º); a Lei Complementar n.º 132/2009 a qualificou como expressão e instrumento do regime democrático; a Emenda Constitucional n.º 74/2013 estendeu a autonomia à Defensoria Pública da União e à do Distrito Federal (art. 134, § 3º); e a Emenda Constitucional n.º 80/2014 incorporou ao caput do art. 134 a missão de promoção dos direitos humanos e de defesa dos

necessitados, determinou a aplicação, no que couber, das garantias da magistratura (art. 134, § 4º) e fixou prazo para a presença de defensores em todas as unidades jurisdicionais (art. 98 do ADCT). O STF, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2.903/PB, já havia qualificado a Defensoria como instrumento de concretização dos direitos dos necessitados e afirmado que a omissão do Estado em estruturá-la frustra o acesso à justiça (BRASIL, 2008).

2.2 VULNERABILIDADE E VULNERABILIDADE PROCESSUAL

A evolução normativa ampliou os destinatários da atuação defensorial. González (2021, p. 54-60) descreve o deslocamento do conceito de necessitado econômico para a categoria de pessoas e grupos em situação de vulnerabilidade, consolidado pela Lei Complementar n.º 132/2009 e pela Emenda Constitucional n.º 80/2014. Sousa (2011) sustenta que esse movimento superou a visão individualista da instituição. As Regras de Brasília (CÚPULA JUDICIAL IBERO-AMERICANA, 2008) reconhecem que a vulnerabilidade pode decorrer de fatores etários, culturais, territoriais, econômicos e de privação de liberdade, entre outros, e impõem aos Estados medidas positivas de igualação no acesso à justiça. Gonçalves Filho (2021, p. 84-86) acrescenta que esses fatores se acumulam e podem produzir situações de hipervulnerabilidade.

Maia (2021, p. 87-89) distingue vulnerabilidade, necessidade e insuficiência de recursos, observando que "a escassez de recursos (art. 5º, LXXIV, da Constituição) e as necessidades (art. 134 da Constituição) se relacionam com o quadro de vulnerabilidade, não sendo expressões sinônimas". A partir dessa distinção, propõe a teoria do ciclo jurídico da vulnerabilidade, segundo a qual a atuação da Defensoria se legitima pela interrupção de processos de exclusão que tendem a se reproduzir. A categoria tem antecedente em Grinover (1996), que, ao lado dos necessitados econômicos, identificou os necessitados organizacionais: pessoas que, diante de relações jurídicas complexas e de grandes organizações, ficam em posição de inferioridade independentemente de sua renda. O STF

acolheu essa compreensão ampla de necessitado ao reconhecer a legitimidade da Defensoria para a ação civil pública na ADI 3.943/DF (BRASIL, 2015).

No processo penal, a vulnerabilidade assume uma forma própria, que se pode denominar vulnerabilidade processual: a posição de inferioridade em que se encontra a pessoa submetida à persecução estatal sem condições de exercer, por si, a defesa técnica. O direito positivo reconhece essa forma ao desvincular a defesa da condição econômica. Nenhum acusado pode ser processado ou julgado sem defensor (art. 261 do CPP), e, se o acusado não o constituir, o juiz lhe nomeará um, ainda que não seja pobre, caso em que este arcará com os honorários (art. 263, caput e parágrafo único). Na prática, essa defesa recai sobre a Defensoria Pública onde ela está instalada. O dado reforça a tese: a instituição atua no processo penal não apenas pela pobreza do acusado, mas porque a ordem jurídica não admite jurisdição penal sem defesa. A vulnerabilidade processual conecta, assim, a teoria defensorial à igualdade substancial examinada na seção 1.

Essa mesma lógica explica a atuação da Defensoria como *custos vulnerabilis*, figura que designa sua intervenção processual em nome próprio, em defesa de grupos vulneráveis, quando não é parte representante. No HC 568.693/ES, a Terceira Seção do STJ admitiu a Defensoria Pública da União nessa condição e estendeu a todo o país a ordem de soltura de presos cuja liberdade provisória estava condicionada ao pagamento de fiança que não podiam pagar (BRASIL, 2020b). O precedente revela uma dimensão que a defesa técnica individual não alcança: a Defensoria identifica padrões de desigualdade que atingem coletivamente acusados vulneráveis e os leva aos tribunais.

2.3 GARANTIA INSTITUCIONAL: CONCEITO E DISTINÇÃO DA DEFESA TÉCNICA CONSTITUÍDA

A tese deste trabalho emprega a expressão garantia institucional em sentido técnico. A categoria remonta às *institutionelle Garantien* da teoria constitucional alemã de Weimar, sistematizadas por Schmitt (1982), que as distinguia dos direitos fundamentais: enquanto estes protegem posições subjetivas, aquelas

protegem instituições de direito público contra sua supressão ou esvaziamento pelo legislador ordinário, preservando-lhes um núcleo essencial. No Brasil, Bonavides (2011) recebeu a categoria e destacou que a garantia institucional protege a permanência da instituição e de suas características essenciais, sem conferir direito subjetivo direto ao indivíduo.

Aplicada à Defensoria, a categoria significa três coisas. Primeiro, que a instituição é protegida em sua existência e em seu núcleo essencial (autonomia, independência funcional, presença territorial e prerrogativas necessárias à função), de modo que o legislador e o administrador não podem esvaziá-la ainda que mantenham seu nome. Segundo, que essa proteção não é um fim em si, mas está vinculada à realização de um direito fundamental: a defesa efetiva em condições de igualdade substancial. Terceiro, que a garantia opera no plano do sistema, e não no de cada processo.

O terceiro ponto responde a uma objeção relevante. Afirmar que a Defensoria integra a legitimação da jurisdição penal não significa que os processos com advogado constituído sejam menos legítimos, nem que a Defensoria seja superior à advocacia privada. A defesa técnica por advogado constituído é exercício do direito do acusado de escolher defensor de sua confiança e satisfaz, no processo concreto, a exigência de defesa efetiva. A função da Defensoria é de outra natureza: assegurar que o sistema ofereça a todos, independentemente de renda ou de vontade de constituir advogado, um patamar mínimo de defesa qualificada, estável e estruturada. Ela atua como garantia de que a exigência de igualdade substancial não dependa da capacidade econômica do acusado.

Essa função sistêmica se manifesta em atributos que o advogado constituído não possui e de que não precisa: presença permanente, independência funcional, prerrogativa de requisição (art. 44, X, 89, X, e 128, X, da Lei Complementar n.º 80/1994), atuação coletiva e possibilidade de identificar padrões de violação. No julgamento da ADI 6.852/DF, o STF reconheceu a constitucionalidade do poder de requisição e afastou o argumento de que ele desequilibraria a relação processual em prejuízo da advocacia privada, por entender que a Defensoria tem desenho constitucional próprio, mais próximo do Ministério Público do que da advocacia (BRASIL, 2022).

Os dados públicos mostram que essa garantia ainda está longe de ser cumprida. Em 2013, o Mapa da Defensoria Pública no Brasil registrou a presença da instituição em 754 das 2.680 comarcas, cerca de 28% do total (IPEA; ANADEP, 2013). Segundo a Pesquisa Nacional da Defensoria Pública, com dados até junho de 2024, apenas 1.315 das 2.565 comarcas estaduais (51,3%) eram atendidas de forma regular, e o orçamento da instituição correspondia a 0,24% do orçamento total das unidades federativas (ESTEVES *et al.*, 2024). A assimetria institucional entre acusação e defesa pública não é, portanto, hipótese teórica: em quase metade das comarcas, o Ministério Público e o Judiciário estão instalados, e a Defensoria não.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos fornece o parâmetro internacional da garantia. No Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez *vs*. Equador, afirmou que nomear defensor apenas para cumprir uma formalidade processual equivale a não contar com defesa técnica (CORTE IDH, 2007, § 159). No Caso Ruano Torres y otros *vs*. El Salvador, reconheceu a responsabilidade internacional do Estado por falhas graves da defesa pública e exigiu que a defesa técnica seja eficaz, o que inclui deveres estatais de organização e controle do serviço (CORTE IDH, 2015, §§ 151-164). O direito de defesa integra, assim, o conteúdo material do art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

3 CONSEQUÊNCIAS DOGMÁTICAS DA TESE

3.1 PADRÃO DE DEFESA EFETIVA E RELEITURA DO REGIME DE NULIDADES

Se a igualdade substancial é condição da legitimidade e da qualidade cognitiva da decisão, a primeira consequência é a necessidade de um padrão aferível de defesa efetiva. O direito positivo já oferece o ponto de partida: o parágrafo único do art. 261 do CPP exige que a defesa técnica exercida por defensor público ou dativo se realize sempre por manifestação fundamentada. À luz da dimensão epistemológica, esse dever pode ser concretizado por indicadores verificáveis nos autos: entrevista prévia e reservada com o acusado, impugnação fundamentada da prova acusatória,

requerimento das diligências e provas pertinentes, controle da legalidade dos meios de obtenção de prova e manifestação sobre o mérito em alegações finais. Defesa que se limita a peças genéricas, sem relação com a prova produzida, não cumpre a função de testar a hipótese acusatória.

O padrão confronta a Súmula 523 do STF, segundo a qual, no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas sua deficiência só anula o processo se houver prova de prejuízo para o réu. A súmula não é afastada pela tese, mas exige releitura. A distinção que ela estabelece entre falta e deficiência pressupõe que se saiba quando a deficiência é tamanha que equivale à falta. A Corte Interamericana responde a essa pergunta ao equiparar a defesa meramente formal à ausência de defesa (CORTE IDH, 2007, § 159). Propõe-se, assim, que a defesa que descumpre o padrão mínimo descrito, isto é, que não submete a prova acusatória a nenhum contraditório efetivo, seja tratada como falta de defesa, e não como simples deficiência.

Nos demais casos, em que há defesa efetiva, mas falha pontual, a exigência de prejuízo se mantém. Mesmo aí, a dimensão epistemológica sugere um critério para sua demonstração: o prejuízo não deve ser exigido como prova de que o resultado seria outro, ônus impossível de cumprir, mas como demonstração de que a falha impediu o teste de um elemento de prova relevante para a condenação. Essa formulação reconcilia a súmula com a tese: nem toda insuficiência de defesa invalida o processo, mas a defesa que não exerce contraditório algum não pode ser tratada como defesa.

3.2 PRERROGATIVAS PROCESSUAIS E A OBJEÇÃO DE PRIVILÉGIO

A segunda consequência diz respeito às prerrogativas processuais da Defensoria, como a intimação pessoal e a contagem em dobro dos prazos (arts. 44, I, 89, I, e 128, I, da Lei Complementar n.º 80/1994). Contra elas se levanta a objeção de que favorecem a defesa em detrimento da acusação, que não goza de prazo em dobro no processo penal. O STF enfrentou a questão no HC 70.514/RS e declarou a prerrogativa constitucional enquanto a Defensoria não alcançasse o nível de organização do Ministério

Público, adotando a técnica da lei ainda constitucional (BRASIL, 1997).

A tese aqui defendida permite atualizar esse fundamento. Na lógica do precedente, a prerrogativa compensa uma deficiência transitória e tenderia a perder justificação com a estruturação da instituição. Na perspectiva da igualdade substancial, o fundamento é permanente: a prerrogativa compensa a disparidade estrutural entre um acusador que conduz a investigação e dispõe de aparato estatal e uma defesa que recebe o caso pronto e atende um volume de assistidos que não escolhe. Os dados da seção 2.3 mostram, de todo modo, que a condição fixada em 1994 não se realizou. A prerrogativa não é privilégio do órgão, mas instrumento de equalização em benefício do assistido; por isso não se estende ao advogado constituído, que escolhe seus casos e não exerce função de garantia sistêmica.

A terceira consequência são os deveres estruturais do Estado. Se a Defensoria é garantia institucional da igualdade substancial, sua ausência não é mera deficiência administrativa, mas omissão constitucional. O art. 98 do ADCT, introduzido pela Emenda Constitucional n.º 80/2014, determinou que, no prazo de oito anos, a União, os Estados e o Distrito Federal contassem com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, em número proporcional à demanda e à população. O prazo terminou em 2022 sem cumprimento. Pelo raciocínio desenvolvido, a jurisdição penal exercida em comarcas sem Defensoria tende a operar com legitimidade deficitária, porque a defesa dos acusados depende de nomeações *ad hoc* sem as garantias institucionais descritas. Daí decorrem deveres exigíveis: lotação prioritária nas regiões de maior exclusão (art. 98, § 2º, do ADCT), dotação orçamentária compatível com a autonomia assegurada pelas Emendas Constitucionais n.º 45/2004 e 74/2013 e vedação de medidas que esvaziem o núcleo da instituição.

3.3 INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA E CONTROLE DA CADEIA DE CUSTÓDIA

A dimensão epistemológica da igualdade encontra aplicação concreta na investigação defensiva. No modelo brasileiro, a

investigação preliminar é conduzida pela polícia e pelo Ministério Público, e a defesa chega ao processo diante de um conjunto probatório já conformado pela acusação. Silva (2019) sustenta que a investigação criminal direta pela defesa é decorrência da ampla defesa e da paridade de armas, e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil a regulamentou para a advocacia pelo Provimento n.º 188/2018. Na terminologia de Ferrer Beltrán (2021), a investigação defensiva atua no momento da conformação do conjunto probatório, permitindo que ele inclua elementos que a investigação oficial, orientada pela hipótese acusatória, não buscou.

Para a Defensoria, a investigação defensiva conta com instrumento próprio: o poder de requisitar de autoridades públicas exames, certidões, perícias, documentos e informações, cuja constitucionalidade o STF confirmou na ADI 6.852/DF (BRASIL, 2022). Esse poder transforma uma faculdade que, para o acusado sem meios, seria apenas formal em capacidade efetiva de produzir prova. Na prática, permite à defesa obter imagens de câmeras de segurança antes de seu descarte, registros de atendimento médico, dados de localização e documentos administrativos que confirmem ou infirmem a versão acusatória. A requisição é exemplo nítido da distinção da seção 2.3: um atributo institucional, inexistente para o advogado constituído, posto a serviço da igualdade substancial.

O controle da cadeia de custódia completa esse quadro. Os arts. 158-A a 158-F do CPP, introduzidos pela Lei n.º 13.964/2019, disciplinam o registro cronológico da coleta, do transporte, do armazenamento e da análise dos vestígios, e o art. 159, §§ 3º a 5º, assegura às partes a indicação de assistente técnico. Essas normas têm função epistêmica evidente, pois permitem verificar se o vestígio examinado é o mesmo coletado e se não sofreu alteração. Sua eficácia depende, porém, de uma defesa capaz de examinar os registros, identificar rupturas e, quando necessário, contar com apoio técnico. Onde a defesa não dispõe desses meios, a cadeia de custódia é presumida íntegra por ausência de impugnação, e a garantia legal perde efeito. A estruturação de núcleos técnicos e periciais nas Defensorias é, assim, condição de efetividade das próprias regras probatórias do CPP.

CONCLUSÃO

O artigo investigou se a igualdade formal entre acusação e defesa basta para legitimar a jurisdição penal. A resposta é negativa. A partir do garantismo de Ferrajoli, verificou-se que a legitimidade da jurisdição depende da efetividade das garantias, e não de sua mera previsão. A igualdade exigida, porém, não é simetria absoluta: o processo penal é assimétrico por força da presunção de inocência e do ônus probatório da acusação. O que a igualdade substancial exige é que a hipótese acusatória seja testada por uma defesa com possibilidades materiais efetivas de influir na decisão.

A principal contribuição do trabalho está na dimensão epistemológica dessa exigência. Com apoio em Taruffo, Ferrer Beltrán, Badaró e Laudan, sustentou-se que a desigualdade entre as partes empobrece o conjunto probatório, enfraquece a valoração e esvazia o standard de prova, aumentando o risco de condenar inocentes. A igualdade substancial é, por isso, condição da confiabilidade da decisão, e não apenas exigência de justiça para com o acusado. A doutrina defensorial já afirmava que a Defensoria promove a igualdade material; o avanço proposto consiste em fundamentar essa função no plano cognitivo do processo e em qualificá-la, com rigor conceitual, como garantia institucional, distinta da defesa por advogado constituído e voltada a assegurar ao sistema um patamar mínimo de defesa efetiva.

Dessa qualificação extraíram-se consequências que não decorrem da simples leitura do art. 134 da Constituição: um padrão aferível de defesa efetiva, apoiado no art. 261, parágrafo único, do CPP; a releitura da Súmula 523 do STF, para tratar a defesa meramente formal como falta de defesa; a fundamentação permanente das prerrogativas processuais contra a objeção de privilégio, em atualização do HC 70.514/RS; deveres estruturais do Estado, agravados pelo descumprimento do art. 98 do ADCT; e a valorização da investigação defensiva e do controle da cadeia de custódia como instrumentos de qualidade probatória.

Ficam abertas questões para pesquisa futura: a verificação empírica, em processos concretos, da relação entre a presença da Defensoria e a qualidade da prova; o desenvolvimento de critérios de controle judicial da efetividade da defesa sem violação da

independência funcional; e a compatibilização da atuação da Defensoria na defesa do acusado com sua atuação em favor de vítimas, deliberadamente excluída do recorte deste estudo.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para todos!** Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ALVES, Cleber Francisco. O percurso histórico da consolidação do direito de acesso igualitário à justiça no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 184, 2010.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O direito à assistência jurídica. **Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 5, 1991.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 13 out. 1941.

BRASIL. **Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 dez. 2004.

BRASIL. **Emenda Constitucional n.º 74, de 6 de agosto de 2013**. Altera o art. 134 da Constituição Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 7 ago. 2013.

BRASIL. **Emenda Constitucional n.º 80, de 4 de junho de 2014**. Altera o Capítulo IV do Título IV e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 jun. 2014.

BRASIL. **Lei Complementar n.º 80, de 12 de janeiro de 1994**. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 jan. 1994.

BRASIL. **Lei Complementar n.º 132, de 7 de outubro de 2009**. Altera dispositivos da Lei Complementar n.º 80, de 12 de janeiro de 1994. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 8 out. 2009.

BRASIL. **Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Lei Maria da Penha. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 8 ago. 2006.

BRASIL. **Lei n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Habeas Corpus n.º 598.886/SC**. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Brasília, DF, julgado em 27 out. 2020. Diário da Justiça Eletrônico, 18 dez. 2020. 2020a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Habeas Corpus n.º 568.693/ES**. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, julgado em 14 out. 2020. 2020b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus n.º 70.514/RS**. Relator: Min. Sydney Sanches. Brasília, DF, julgado em 23 mar. 1994. Diário da Justiça, 27 jun. 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.903/PB**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, julgado em 1º dez. 2005. Diário da Justiça Eletrônico, 19 set. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.943/DF**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF, julgado em 7 maio 2015. Diário da Justiça Eletrônico, 6 ago. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.852/DF**. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, julgado em 18 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n.º 523**. No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu. Brasília, DF: STF, 1969.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Provimento n.º 188, de 11 de dezembro de 2018**. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Brasília, DF: CFOAB, 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez *vs*. Ecuador**. Sentença de 21 de novembro de 2007.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ruano Torres y otros *vs*. El Salvador**. Sentença de 5 de outubro de 2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 26-51, 2001.

CÚPULA JUDICIAL IBERO-AMERICANA. **Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2008.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ESTEVES, Diogo *et al.* **Pesquisa Nacional da Defensoria Pública 2024**. Brasília, DF: DPU, 2024.

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

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Salvador: JusPodivm, 2021.

FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Tradução de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. Fatores determinantes de vulnerabilidade e o ciclo da vulnerabilidade social. *In:* MAIA, Maurilio Casas (org.). **Defensoria Pública, democracia e processo II**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

GONZÁLEZ, Pedro. Defensoria Pública nos 30 anos da Constituição: uma instituição em transformação. *In:* MAIA, Maurilio Casas (org.). **Defensoria Pública, democracia e processo II**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Acesso à justiça e o Código de Defesa do Consumidor. *In:* GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA; ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS. **Mapa da Defensoria Pública no Brasil**. Brasília, DF: IPEA; ANADEP, 2013.

LAUDAN, Larry. **Verdad, error y proceso penal**: un ensayo sobre epistemología jurídica. Traducción de Carmen Vázquez y Edgar Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MAIA, Maurilio Casas. O ciclo jurídico da vulnerabilidade social. *In:* MAIA, Maurilio Casas (org.). **Defensoria Pública, democracia e processo II**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)**. San José, 1969.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

QUEIROZ, Roger Moreira de. A consolidação da Defensoria Pública no Estado Democrático de Direito brasileiro. *In:* MAIA, Maurilio Casas (org.). **Defensoria Pública, democracia e processo II**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Traducción de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1982.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: JusPodivm, 2019.

SOUSA, José Augusto Garcia de (coord.). **Uma nova Defensoria Pública pede passagem**: reflexões sobre a Lei Complementar 132/09. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.