

INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA E A PERDA DE UMA CHANCE PROBATÓRIA EM CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL.

Joyce Cristina Bicudo Gianelli¹, Professor Me. Warley Freitas de Lima².

¹Universidade do Vale do Paraíba - Faculdade de Direito, Praça Cândido Dias Castejón, 116, Centro - 12245-720 - São José dos Campos-SP, Brasil, ¹joycegianelli@gmail.com, ²warley@univap.br.

Resumo

Na presente pesquisa, propõe-se realizar uma análise detalhada da aplicação da investigação defensiva no direito penal brasileiro, com foco na teoria da perda de uma chance probatória. Serão examinados os impactos das reformas introduzidas pela Lei n. 13.964 de 2019, particularmente a implementação do Juiz de Garantias, e a eficácia prática desta investigação defensiva. Observa-se uma lacuna significativa entre os avanços legislativos e sua aplicação real, especialmente em crimes contra a dignidade sexual. A pesquisa visa discutir as implicações dessa teoria e os desafios enfrentados na prática, buscando aprimorar o equilíbrio processual e proteger os direitos dos investigados no contexto jurídico atual.

Palavras-chave: investigação.defensiva.crimes.dignidade sexual.chance probatória.

Área do Conhecimento: Ciência Jurídicas. Direito Público.

Introdução

O presente artigo investiga a aplicação da investigação defensiva no contexto do direito penal brasileiro, com foco específico na teoria da perda de uma chance probatória. A Lei n. 13.964 de 2019, também conhecida como Pacote Anticrime, trouxe reformas significativas, incluindo a introdução do Juiz de Garantias, com o objetivo de fortalecer a defesa técnica e garantir um equilíbrio mais justo entre acusação e defesa. Apesar dessas mudanças legislativas, a efetiva implementação dessas reformas ainda enfrenta obstáculos práticos consideráveis.

A teoria da perda de uma chance probatória, que se refere à situação em que o investigado perde a oportunidade de apresentar provas que poderiam alterar o desfecho do processo devido a falhas na atuação defensiva, é um ponto crítico nesta discussão. Crimes contra a dignidade sexual, em particular, revelam a gravidade desses desafios, dado o elevado valor probatório atribuído aos depoimentos das vítimas e a potencial fragilidade na produção de provas pela acusação.

A pesquisa busca analisar como a investigação defensiva pode mitigar os riscos associados à perda de uma chance probatória e como a falta de implementação prática das reformas afeta os direitos dos investigados. O objetivo é destacar a necessidade de aprimorar a atuação da defesa para garantir uma aplicação mais equitativa das reformas legais e promover um processo penal que respeite integralmente os direitos constitucionais dos cidadãos.

Metodologia

A pesquisa possui uma análise analítica e comparativa, com foco na investigação defensiva e a teoria da perda de uma chance probatória. O método adotado é a análise bibliográfica, de cunho exploratório e dedutivo, englobando pesquisa legislativa, documental, doutrinária, jurisprudencial, análise de decisões dos Tribunais Brasileiros e a comparação com práticas de sistemas processuais de outros países.

Resultados

A partir do ano de 2019, com o advento da Lei n. 13.964 (Pacote Anticrime), foram dados os primeiros avanços no processo criminal brasileiro acerca da investigação defensiva, com destaque para a menção expressa da figura do Juiz de Garantias ou Juízo das Garantias. Em que pese tais avanços, na prática, a investigação defensiva ainda é uma expectativa de inúmeros defensores brasileiros, vez que, em 2024, o contexto fático das práticas processuais criminais ainda é insuficiente quanto a concretização das aspirações legais introduzidas desde 2019 e que tendem para implantar maior segurança defensiva para cidadãos sob interesse punitivo do Estado (Brasil, 2019).

Se de um lado há o imbróglgio quanto a concretização da implantação do Juiz de Garantias, mesmo sob reconhecimento irredutível do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para com a essencialidade dessa materialização fática, de outro, inúmeros discursos passam a questionar a fragilidade da defesa do cidadão na fase investigativa do processo criminal brasileiro. As críticas estabelecidas por inúmeros doutrinadores, como Aury Lopes Jr. e profissionais da seara criminal são fundamentadas por inúmeras ocorrências de violações dos direitos tutelados pelos cidadãos, com destaque para as garantias de ampla defesa, de contraditório e da presunção de inocência.

Nas trincheiras do magistério criminal é comum que advogados defensivos se deparem, na fase pré-processual, com um amplo cerceamento de manifestação defensiva em prol da produção de provas que possam contestar as acusações direcionadas aos seus representados. Nesse aspecto, o cenário torna-se nocivo para a reprodução de violações contra o cidadão, dentre todas as possibilidades, Alexandre Rosa e Fernanda Rudolfo mencionam a “Teoria da Perda de Uma Chance Probatória” como um grave prejuízo aos cidadãos sob efeitos da tutela punitiva do Estado. De acordo com os autores aqui mencionados, a incidência da perda de uma chance probatória fere diretamente às garantias constitucionais que visam assegurar ao cidadão um devido processo legal, de forma legítima (Rosa e Rodolfo, 2024).

Nos crimes contra a dignidade sexual, a palavra da vítima recebe elevado teor probatório, revestindo o depoimento pessoal dela de significância elementar para a condução de um processo criminal. No entanto, é preciso considerar que não se aplica a tal condição o caráter de absolutismo, sob riscos de se promover violações aos direitos constitucionais dos cidadãos em status de investigado ou acusado. Observa-se, porém, que, na prática, muitos casos evidenciam a produção insuficiente de provas pelo Ministério Público para oferecer a denúncia contra cidadãos acusados de crimes contra a dignidade sexual.

A fragilidade da produção de provas nos referidos crimes insurge em erro e abre margem para incidência de riscos que podem levar o cidadão a perder a sua chance probatória, ainda mais num cenário processual no qual, em fase pré-processual (até o oferecimento da denúncia pelo MP), a defesa esteja mais limitada quanto a sua atuação, o que pode provocar acusações e mesmo condenações injustas, relativizando a rigidez constitucional aplicada ao processo criminal brasileiro. Diante de tal fato que se reveste de elevada preocupação fática, os próximos parágrafos apresentados por este artigo de opinião irão construir um diálogo dedicado a demonstrar como a investigação defensiva pode inibir a incidência da “perda de uma chance probatória” nos casos que envolvam crimes contra a dignidade sexual (Rosa e Rodolfo, 2024).

A investigação defensiva já é adotada por alguns sistemas processuais criminais, distintos ou similares ao modelo brasileiro, a exemplo dos sistemas Alemão, Estadunidense e Italiano. O que esses sistemas processuais possuem em comum é a permissão legal de uma maior participação da defesa do cidadão na fase pré-processual, ou seja, admite-se que o defensor possa ter conduta ativa na produção de provas que possam contestar preliminarmente as acusações construídas em desfavor do seu representado. Muitos autores defendem que essa prática é elementar ao processo criminal, principalmente em sistemas constitucionalizados, visto os inúmeros riscos que podem afetar direitos e garantias tutelados pelos cidadãos, devendo eles serem combatidos desde o início (Silva, 2023).

Não se traz aqui a pretensão de diálogo que construa uma percepção de inércia da participação da defesa em fase pré-processual no processo criminal brasileiro, pois, ainda que limitada, a defesa possui essa garantia tutelada por seu magistério advocatício. No entanto, ao se compreender a investigação defensiva como uma prática de conceito mais amplo, que assegura aos defensores equivalência de condições com a acusação, a exemplo de maior liberdade para produzir provas, para requerer em juízo a produção ou a anulação de atos praticados que apresentem vícios/ilegalidades etc., é pertinente mencionar a necessidade de seu incremento fático no processo criminal brasileiro, principalmente para que se possa inibir a denominada “Perda de Uma Chance Probatória” em desfavor dos cidadãos.

Nas palavras doutrinárias de Rosa e Rudolfo, a Teoria da Perda de Uma Chance Probatória, usualmente reconhecida pelo Direito Civil como situação em que uma das partes é prejudicada devido a conduta ilícita praticada pela outra parte, seja por omissão (no caso da não produção de provas necessárias) ou por ação (a exemplo da interpretação seletiva da lei), foi aplicada ao contexto do Direito Penal brasileiro. Possuindo a mesma razão axiológica, a Perda de Uma Chance Probatória no processo penal brasileiro refere-se ao prejuízo que, na maioria das vezes, é atribuído ao cidadão investigado/acusado pela insuficiente produção de provas a favor da verdade real dos fatos (Rosa e Rodolfo, 2024).

O próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ), adotando o entendimento dos doutrinadores retro mencionados, no curso da decisão dedicada ao AREsp 1940381/AL, de 2021, menciona que a Teoria da Perda de Uma Chance Probatória ocorre:

“Nas hipóteses em que o Estado se omite e deixa de produzir provas que estavam ao seu alcance, julgando suficientes aqueles elementos que já estão à sua disposição, o acusado perde a chance - com a não produção (desistência, não requerimento, inviabilidade, ausência de produção no momento do fato etc.) -, de que a sua inocência seja afastada (ou não) de boafé. Ou seja, sua expectativa foi destruída” (ROSA, Alexandre Morais da; RUDOLFO, Fernanda Mambrini. A teoria da perda de uma chance probatória aplicada ao processo penal. Revista Brasileira de Direito, v. 13, n. 3, 2017, p. 462)

No exemplo jurisprudencial acima destacado, o STJ reconheceu a incidência da Teoria da Perda de uma Chance Probatória em situação de inércia do Ministério Público para produzir provas necessárias a elucidar os fatos, coletando apenas elementos que foram considerados insuficientes, tendenciosos ao prejuízo do cidadão acusado. Prejuízo esse que, diante de caso criminal que envolva algum tipo de crime contra a dignidade sexual ou outro tipo penal no qual a palavra da vítima possua maior valor probatório, os efeitos nocivos aos direitos e garantias do cidadão podem ser ainda maiores e, num sistema processual criminal onde há disparidade de armas inter partes na fase préprocessual, os riscos de acusações e condenações injustas são ainda mais elevados (Silva, 2023).

O rol dos crimes contra a dignidade sexual, no sistema criminal brasileiro, é apresentado pelo CP de 1940 a partir do seu Título VI, Capítulo I, dentre eles, tem-se os crimes de estupro (art. 213), de violação sexual mediante fraude (art. 215), de importunação sexual (art. 215-A), de assédio sexual (art. 216-A), de exposição de registro não autorizado da intimidade sexual (art. 216-B), de estupro de vulnerável (art. 217-A) e alguns outros. O sistema criminal brasileiro, considerando a nocividade social de tais crimes, elevou o teor da palavra da vítima como meio probatório. Situação essa que, em alguns casos, estando-se diante de certa limitação na atuação da defesa do cidadão, aumenta os riscos de prejuízos em acusações ou condenações fundamentadas fragilmente (Brasil, 1940).

Nestes casos, a incidência da Perda de Uma Chance Probatória possui riscos mais elevados, vez que a acusação pode vir a produzir provas insuficientes, tomando para si certa condição de absolutismo da valoração da palavra das vítimas. Em outra decisão mais recente emitida pelo próprio STJ, no AREsp 2627793/2024, o tribunal vale-se de menção expressa da Teoria da Perda de Uma Chance, considerada pelo AREsp 1940381/AL, para indicar que esse entendimento aplica-se

plenamente aos casos que envolvam matéria de crimes contra a dignidade sexual das vítimas, pois, de acordo com o relator “não pode a acusação buscar uma aplicação seletiva da Lei, escolhendo somente as partes que lhe interessam e excluindo aquelas que garantem à defesa o direito de participar da formação da prova”, afirmando ainda que “o testemunho indireto não é lícito e nem capaz para, por si só, sustentar a condenação do réu”, resultando assim na sua absolvição (STJ, 2024). Assim sendo, além de ficar demonstrada a fragilidade e os riscos inerentes aos casos processuais que envolvem crimes contra a dignidade humana, demonstra-se aqui a inclinação positiva do egrégio tribunal para reconhecer conduta ilícita da acusação na produção ineficiente de provas, beneficiando a parte autora em detrimento do acusado.

Se a perda de provar o contrário da acusação em qualquer caso criminal atribui ao cidadão prejuízo significativo, nos casos que envolvem crimes contra a dignidade sexual os efeitos desse prejuízo tendem a ser ainda maiores, dada a dimensão social da questão envolvida, além da jurídica. Compreende-se assim que, conforme destacado pelo entendimento do STJ no AREsp 1940381/AL de 2021, o Estado retira do cidadão a sua “expectativa” de defesa (STJ, 2021). Fato esse que, por si só, é inconstitucional, visto que os liames constitucionais aplicados ao processo penal brasileiro exigem do Estado a proteção de todos os direitos e garantias tutelados por todo e qualquer cidadão que esteja sob seu interesse punitivo, principalmente os direitos de ampla defesa, de apresentar contraditório, de paridade de armas, de presunção de inocência e outros que, quando ceifados ilicitamente, afetam o devido processo legal.

Discussão

É importante iniciar esse tópico enfatizando que a atuação do Estado, enquanto acusação, em toda e qualquer fase de um processo criminal deve limitar-se à legalidade constitucional obrigatória, devendo a acusação agir dentro dos limites aplicados ao seu poder punitivo (*jus puniendi*). No entanto, a prática da advocacia criminal lida diariamente com situações nas quais esse limite é claramente ultrapassado, violando a devida garantia de legalidade em distintas fases do processo criminal, principalmente na fase pré-processual. Nesta fase, tanto a investigação realizada pela polícia quanto pelo Ministério Público, podem apresentar vícios/ilegalidades que podem comprometer seriamente a segurança jurídica do cidadão, implicando numa acusação indevida ou mesmo condicionando um processo criminal a uma sentença injusta.

É justamente nesta fase que a Perda de Uma Chance Probatória pode afetar os direitos e garantias do cidadão, vez que a produção maculada de provas pela acusação pode conduzir a resultados que – se as provas necessárias para elucidar os fatos, sob reconhecimento do dever de construção da verdade real, fossem devidamente produzidas – poderiam ser contrários. Diga-se que, quando a acusação deixa de produzir provas disponíveis, como ocorreu no caso do AREsp 2627793/2024, o Estado inclina-se para uma conduta de aplicação seletiva da lei, beneficiando assim a manutenção da acusação e sob intento de produzir sentença desfavorável ao cidadão acusado (STJ, 2024). Por outra ótica, se esse mesmo Estado adota-se a conduta legal dele exigida, pela produção de todas as provas disponíveis e necessárias para esclarecer, de fato, o ocorrido, estaria o cidadão sob maior margem de segurança jurídica.

Para sanar os riscos desfavoráveis aos cidadãos, a investigação defensiva vem sendo adotada por países como a Alemanha, os Estados Unidos e a Itália e vista como prática eficiente para inibir prejuízos processuais criminais decorrentes de condutas ilícitas por ação ou omissão do Estado, sob sua função de acusação. Sob a mesma finalidade, levanta-se aqui a tese de que a investigação defensiva possa ser, de fato, incrementada no processo penal brasileiro, dada a emergencialidade de se equiparar a atuação entre defesa e acusação na fase pré-processual, ou seja, até o oferecimento da denúncia (Silva, 2023). É preciso sair do mero plano teórico já apresentado pelo Pacote Anticrime, para buscar implementar concretamente práticas processuais que possam inibir a ocorrência da Perda de Uma Chance Probatória e outros danos nocivos ao cidadão que esteja inserido no curso de um processo criminal.

Conclusão

O presente artigo centra-se em discutir a investigação defensiva como prática inibitória da incidência da “perda de uma chance probatória” em crimes contra a dignidade sexual. Faz-se uma crítica a reflexão jurídica sobre a inércia do Estado brasileiro na implantação de garantias já inseridas no ordenamento criminal, como o Juiz de Garantias e que, no âmbito da investigação defensiva, é vista como umas das práticas eficientes para sanar problemas que afetem os direitos do cidadão. Assim, de forma ávida, emergente é a necessidade de que os colegas advogados criminalistas inclinem-se para o plano político, atuando sob cobranças que venham a obrigar o legislador a reconhecer a necessidade de dispor de instrumentos capazes de revestir o processo criminal brasileiro da devida legalidade, equiparando as armas entre as partes, com destaque para a reparação do direito de a defesa do cidadão atuar licitamente de forma mais ampla na fase investigativa.

Referências

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 ago. 2024.

BRASIL. **Pacote Anticrime**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal n° 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20192022/2019/lei/l13964.htm>. Acesso em: 05 ago. 2024.

ROSA, A. M.; RUDOLFO, F. M. **A teoria da perda de uma chance probatória no processo penal**. Florianópolis, Revista Brasileira de Direito, v. 13, n. 3, 2017.

SILVA, Franklyn R. A. **A investigação criminal direta pela defesa**. São Paulo: JusPODIVM, 2023.

STJ. **AREsp n. 2.627.793/SC**, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 6/8/2024, DJe de 13/8/2024. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202401592668&dt_publicacao=13/08/2024>. Acesso em: 05 ago. 2024.

STJ. [Superior Tribunal de Justiça]. **AREsp n. 1.940.381/AL**, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/12/2021, DJe de 16/12/2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102429156&dt_publicacao=16/12/2021>. Acesso em: 05 ago. 2024.