

Luciano Feldens

O DIREITO DE DEFESA

**A tutela jurídica da liberdade na
perspectiva da defesa penal efetiva**

2ª EDIÇÃO
revista e atualizada



livraria
DO ADVOGADO
editora

Porto Alegre, 2021

© Luciano Feldens, 2021

Capa, projeto gráfico e diagramação
Livraria do Advogado Editora

Revisão
Rosane Marques Borba

Direitos desta edição reservados por
Livraria do Advogado Editora
Rua Riachuelo, 1334 s/105
90010-273 Porto Alegre RS
Fone: (51) 3225-3311
livraria@doadvogado.com.br
www.livrariadoadvogado.com.br

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

— o —

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

F312d Feldens, Luciano.

O direito de defesa : a tutela jurídica da liberdade na perspectiva da defesa penal efetiva / Luciano Feldens. 2. ed. rev. atual. – Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2021

228 p. ; 21 cm.

Inclui bibliografia.

ISBN 978-65-86017-36-6

1. Direito de defesa - Brasil. 2. Defesa (Processo penal) - Brasil. 3. Tutela jurídica da liberdade. 4. Defesa penal efetiva. 5. Liberdade. I. Título.

CDU 343.131.5(81)

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito de defesa : Brasil 343.131.5(81)

(Bibliotecária responsável: Sabrina Leal Araujo – CRB 8/10213)

Sumário

Apresentação – A. Nabor A. Bulhões	13
Introdução	19
1. O direito de defesa hoje: realidades e perspectivas	25
1.1. Os direitos fundamentais entre tribunais e mesas de bar	25
1.2. Retomando o caminho: três premissas da proteção jurídica da liberdade	29
1.2.1. Direitos e Poder (os direitos não são “relativos”)	30
1.2.2. Pessoa e Estado (a precedência da dignidade humana)	36
1.2.3. Liberdade e Segurança (a subsidiariedade da ação estatal)	38
2. O direito à defesa penal efetiva: contornos conceituais	41
2.1. O que é defesa penal efetiva	41
2.1.1. Defesa	42
2.1.2. Defesa penal	44
2.1.3. Defesa penal efetiva	45
2.2. O que não é defesa penal efetiva	47
2.2.1. Defesa restringida (defesa aquém do direito)	47
2.2.2. Defesa deficiente (defesa abaixo do direito)	50
2.2.3. Defesa excessiva (defesa além do direito)?	52
3. O direito de defesa na Constituição	59
3.1. Estrutura normativa	59
3.1.1. Direito à defesa (ao advogado)	59
3.1.2. Direito de defesa	60
3.1.3. Direitos do advogado	61
3.2. Características normativas	62
3.2.1. Aplicabilidade direta e tutela judicial efetiva	62
3.2.2. Proteção do núcleo essencial e configuração legal	64
3.2.3. (In)disponibilidade ou (Ir)renunciabilidade	66

3.3. Funções normativas.....	71
3.3.1. Função de defesa (dever de respeito ao direito).....	71
3.3.2. Função de prestação jurídica (dever de proteção ao direito).....	73
3.3.3. Função de prestação material (dever de assistência).....	78
4. O direito de defesa em ação: áreas de proteção.....	81
4.1. Direito à defesa (ao advogado).....	82
4.1.1. Direito ao defensor.....	82
4.1.2. Defesa desde a investigação criminal.....	87
4.1.3. Defesa independentemente da condição atribuída ao indivíduo.....	89
4.1.4. Defesa perante qualquer órgão de Estado.....	94
4.2. Direito de Defesa.....	96
4.2.1. Direito de ser informado de seus direitos.....	96
4.2.2. Direito ao silêncio e à não autoincriminação.....	101
4.2.3. Direito de comunicação livre e reservada.....	109
4.2.4. Direito à ciência prévia e pormenorizada de uma acusação que se deve revelar clara e precisa.....	113
4.2.5. Direito a um processo sem dilações indevidas.....	118
4.2.6. Direito ao tempo adequado e necessário à preparação da defesa.....	123
4.2.7. Direito de presença e direito de ausência.....	125
4.2.8. Direito ao contraditório.....	130
4.2.8.1. Conceito: contraditório como reação.....	130
4.2.8.2. Sujeitos.....	131
4.2.8.3. Objeto.....	132
4.2.8.4. Contraditório na Dinâmica Processual.....	133
a) Resposta à acusação.....	133
b) Audiência.....	137
c) Requerimentos e diligências.....	139
d) Alegações finais (memoriais).....	139
4.2.8.5. Investigação defensiva voltada a contradizer a acusação.....	141
4.2.9. Direito de autodefesa.....	146
4.2.9.1. Direito de falar em defesa própria.....	147
4.2.9.2. Direito de ação.....	149
4.2.9.3. Direito de recurso.....	150
4.2.9.4. Direito de petição.....	150
4.2.10. Direito de influência na decisão judicial.....	151

4.3. Direitos do advogado.....	155
4.3.1. Prerrogativas profissionais: Constituição, Lei 8.906/94 e Código de Ética e Disciplina da OAB – Interação axiológico-normativa.....	155
4.3.2. Direito à liberdade profissional e dever de independência.....	157
4.3.3. Direito à inviolabilidade.....	162
4.3.3.1. Inviolabilidade pessoal (imunidade profissional).....	164
4.3.3.2. Inviolabilidade do escritório, dos meios de trabalho e das comunicações.....	168
4.3.4. Direito de acesso amplo à investigação ou ação penal ...	174
4.3.4.1. Marco normativo.....	174
4.3.4.2. Diligência em andamento x análise em andamento de diligência exaurida.....	177
4.3.4.3. Acesso independentemente da condição formal de investigado.....	179
4.3.4.4. Acesso prévio e amplo.....	181
4.3.5. Direito de livre ingresso em repartição judicial ou de outro serviço público.....	186
4.3.6. Direito de audiência com magistrados e membros do MP.....	188
4.3.7. Direito à questão de ordem.....	190
4.3.8. Direito a tratamento equânime a juízes e membros do MP.....	192
4.3.9. Direito ao (e dever de) sigilo.....	192
5. O direito de defesa em que: defesa deficiente x defesa efetiva.....	195
5.1. A deficiência na prestação defensiva: o “teste do espelho” e os “milhares de anos perdidos”.....	195
5.2. A Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal.....	200
5.2.1. A tolerância judicial com a defesa deficiente.....	201
5.2.2. A exigência da demonstração de prejuízo e a indeterminação de critérios para sua aferição.....	205
5.2.3. A sujeição do acusado sub-representado ao ônus de comprovar o prejuízo: a “prova impossível”.....	210
5.3. Caminhos para a consolidação do direito à defesa penal efetiva – pela reativação do tratamento constitucional do tema.....	213
Síntese conclusiva.....	219
Referências bibliográficas.....	223