

COMUNICAÇÃO PARA ADVOGADOS CRIMINAIS

JUAREZ CIRINO DOS SANTOS

Advogado inscrito na OAB Paraná sob n. 3374

Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito da UFPR

Presidente do Instituto de Criminologia e Política Criminal/ICPC

A praxis penal do Século 21 parece desafiar princípios do Estado Democrático de Direito, como o **processo legal devido**, a **presunção de inocência** e o privilégio **contra auto-incriminação**, cujo estudo pode sugerir estratégias importantes para a defesa criminal.

I. O princípio do **devido processo legal** (art. 5º LIV, Constituição) concentra as garantias constitucionais do acusado em processos criminais, desde a **informação de direitos** no momento da prisão até a observância do **contraditório** e da **ampla defesa** no processo penal.

1. A **informação de direitos** do acusado, como o direito de *consultar advogado* antes do interrogatório e o *direito de calar* em interrogatórios é garantido pela Constituição (art. 5º LXIII) e pela legislação processual (art.185, § 5º e 186 CPP), sem nenhum prejuízo para a defesa criminal. A falta ou defeito da **informação de direitos** ao acusado invalida o interrogatório.

O direito de *consultar advogado* antes do interrogatório e o direito de *permanecer calado* (ou de *não responder* perguntas) nos interrogatórios podem prevenir impropriedades semânticas, impedir declarações infelizes e evitar versões equivocadas do fato – frequentes em acusados com recursos linguísticos limitados, como a clientela do sistema penal –, com efeitos desastrosos sobre as teses de defesa. Mas a **informação de direitos** tem significado mais relevante: reconhece o direito do acusado ser orientado pelo Defensor sobre **o que** falar, sobre **como** falar e, mesmo, **se deve** falar ou calar nos interrogatórios.

Como sabem os advogados criminais, o interrogatório do acusado é a base do discurso de defesa: reconhecer a importância da orientação jurídica sobre o conteúdo e a forma da **fala** do acusado significa admitir (a) que acusado e Defensor devem preparar o interrogatório e (b) que o interrogatório deve conter a descrição mais adequada à defesa criminal. Esse é o claro sentido do direito de *consultar advogado* antes do interrogatório e do *direito de calar* nos interrogatórios. Nenhuma censura contra a preparação do discurso de **auto-defesa** pelo acusado e seu Defensor – afinal, o conhecimento da realidade é mediado pela percepção sensorial, cujo condicionamento por emoções, experiências e idiosincrasias pessoais apenas permite *versões* subjetivas do fato (a *representação* da realidade), nunca a *verdade* objetiva do fato (a *realidade* representada). Em poucas palavras, a **informação de direitos** do acusado é pressuposto do exercício da **ampla defesa**, a mais importante garantia individual dos acusados no processo penal.

2. O princípio da **ampla defesa** (art. 5º LV, Constituição) compreende duas dimensões correlacionadas: a própria **auto-defesa** do acusado e a **defesa técnica** do Defensor do acusado.

2.1. Como indicado, a **auto-defesa** do acusado nos interrogatórios policial e judicial precisa ser orientada pelo Defensor, porque decide sobre o resultado do processo penal: o acusado pode *confessar* a autoria do fato, pode *negar* a participação no fato, pode descrever *justificações* do fato, pode revelar *erros sobre a proibição* do fato, pode apresentar *exculpações* do fato etc. Por isso tudo, entre a **auto-defesa** e a **defesa técnica** deve existir a maior sincronia possível.

2.2. A **defesa técnica** do Defensor começa na orientação da **auto-defesa** do acusado nos interrogatórios, continua na produção da prova na instrução criminal e termina na demonstração das teses de defesa nas razões finais. A **defesa técnica** é o discurso jurídico do Defensor do acusado, elaborado com as categorias científicas da teoria do crime e da teoria da pena e construído como sistema de argumentos lógicos para convencer Juízes ou Tribunais. As teses da **defesa técnica** podem ter um amplo espectro: fato inexistente, fato não provado, fato atípico, prova negativa ou falta de prova positiva de autoria ou participação no fato, fato justificado, fato não reprovável ou fato exculpável, fato isento de pena, prova insuficiente para condenação do fato e extinção da punibilidade do fato.

3. O princípio do **contraditório** (art. 5º LV, Constituição) subordina a validade da denúncia à descrição do *fato* e de todas as suas *circunstâncias* (art. 41, CPP). Descrever o fato e suas circunstâncias significa (a) definir **o que** é imputado ao acusado no processo penal (o comportamento realizado e o tipo legal atribuído) e (b) indicar **por que** é imputado o fato ao acusado (prova de materialidade e indícios de autoria).

Denúncias que não definem **o que** é imputado (fato) ou não indicam **por que** é imputado o fato (prova) são inconstitucionais: violam o princípio do **contraditório** no processo penal, substituindo o sistema acusatório pelo inquisitório, com ignorância do fato e das provas do fato. As chamadas *denúncias genéricas*, que deslocam para a instrução criminal a descrição das *circunstâncias* do fato e a demonstração da *relação do autor com o fato* (autoria, co-autoria ou participação), são ilegais.

II. O princípio da **presunção de inocência** (art. 5º LVII, Constituição) – derivado da dignidade da pessoa humana (art. 1º III, Constituição) – qualifica *percepções* e *atitudes* dos órgãos de persecução penal (policiais, acusadores e juízes) perante acusados criminais, até o *trânsito em julgado* de sentença penal condenatória. No processo penal, a **presunção de inocência** informa o princípio *in dubio pro reo*, aplicável em todas as dimensões do fato punível. Nos **crimes dolosos** devem ser decididas em favor do acusado **dúvidas** sobre (a) causalidade e imputação do resultado, (b) dolo direto, dolo eventual e erro de tipo, (c) justificações, (d) erro de proibição e exculpações, (e) co-autoria ou participação, (d) tentativa ou atos preparatórios, (e) concurso real ou aparente de crimes etc. Nos **crimes imprudentes**, em favor do acusado as **dúvidas** sobre (a) o dever de cuidado e (b) a imputação do resultado como realização do risco. Nos **crimes de omissão de ação**, em favor do acusado as **dúvidas** sobre (a) a situação típica (perigo para o bem jurídico, poder de agir e omissão da ação mandada), (b) o fundamento da posição de

garantidor, (c) a hipótese de causalidade e (d) a extensão dos resultados típicos atribuíveis ao garante.

Apesar do prestígio universal, a cultura da **presunção de inocência** ou do princípio *in dubio pro reo* continua desprestigiada no Brasil. Ao contrário, predominam atitudes de **presunção de culpa** no Sistema de Justiça Criminal, em especial no trabalho policial de identificação e revista pessoal, na violência das perseguições de suspeitos e nas prisões de cidadãos, com milhares de mortes e lesões corporais anuais. Pior: o conceito de *polícia operativa* desenvolvido nos países centrais deformou a missão da Polícia, que pretende acabar com a criminalidade pela eliminação dos autores de crimes (autores reais, potenciais e suspeitos). O método da *polícia operativa* se baseia em hipóteses sobre estruturas ou organizações criminosas e novas formas de criminalidade, que somente seriam acessíveis por investigações secretas, vigilâncias sigilosas, interceptação telefônica, escuta ambiental, prisões e custódias temporárias etc. A consequência é o abandono das práticas tradicionais de prevenção e de persecução de crimes, além da crescente *policialização* do processo penal por medidas urgentes e secretas, com escasso ou nenhum controle judicial, mas perigo real para a população.

III. O privilégio **contra a auto-incriminação** (*nemo tenetur se detegere*) protege o acusado de produzir prova contra si mesmo em inquéritos ou processos criminais – um desdobramento do princípio da **ampla defesa**. A origem do privilégio é a 5^a *Emenda* da Constituição americana, que instituiu o *due process of law* para privação da vida, da liberdade e da propriedade, e criou o *privilege against self incrimination* para proteger acusados contra forçadas ou ardilosas auto-incriminações em interrogatórios e declarações.

O conteúdo original do privilégio proibia coação ou ardil para auto-incriminação em interrogatórios, declarações e depoimentos. Mas desde o caso *Fisher x USA* (1976) a **Suprema Corte** americana ampliou a proteção: além de declarações orais ou escritas compreendidas no *direito ao silêncio*, inclui todo e qualquer material probatório em poder do acusado ou de seu Defensor, como documentos, papéis e outros objetos (arquivos de computadores, *pen-drives* etc.). O reconhecimento do direito constitucional de reter, esconder, alterar ou destruir documentos, papéis e outros materiais de prova auto-incriminadores em inquéritos e processos criminais, exclui a hipótese de imputação dos crimes de *fraude processual* ou de *falso testemunho* contra esses comportamentos, pela razão elementar de que a legislação ordinária não pode anular princípios constitucionais.

No caso, também não existe nenhuma má consciência: a defesa penal é conflitual – e o acusado só tem o Defensor para enfrentar os recursos humanos e tecnológicos do aparelho repressivo do Estado. Saber disso pode fazer grande diferença na defesa criminal.