

Reflexões críticas sobre a instrução criminal

Juarez Cirino dos Santos

No processo penal, a instrução criminal delimita a fase de produção da prova do fato, necessária para decidir a imputação penal. Assim, a instrução criminal constitui o espaço privilegiado de *princípios reguladores* do processo penal: o princípio da *presunção de inocência* e o princípio do *devido processo legal*, que informam a produção da prova e as decisões processuais no Estado Democrático de Direito.¹

Esses princípios reguladores devem atravessar toda a *criminalização secundária*, influenciando questões teóricas e problemas práticos de produção da prova, que algumas perguntas ajudam a definir: a) o que é provar um fato? b) quem deve provar o fato no processo penal? c) como deve ser produzida essa prova? d) por que é produzida a prova criminal? Essas perguntas permitem discutir os fundamentos políticos e jurídicos da *criminalização secundária* no capitalismo neoliberal contemporâneo, em geral condicionada pela posição de classe (subalterna) dos sujeitos criminalizados, selecionados por estereótipos, preconceitos, idiosincrasias pessoais e distorções ideológicas, mais do que pela gravidade do crime ou pelo dano social do fato.²

1. Perguntar *o que é provar um fato* permite descobrir o processo de conhecimento de fatos históricos, mediante técnicas descritivas pessoais, documentais e periciais. Provar significa *criar a convicção da existência de uma realidade*³ mediante representações psíquicas capazes de reproduzi-la pela via do pensamento. No processo penal, essa reprodução fenomenológica tem por objeto as dimensões objetiva e subjetiva da ação imputada: a dimensão objetiva (materialidade) descreve a lesão do bem jurídico; a dimensão subjetiva (autoria)

¹ ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*. Munchen: Beck, 26ª edição, 2009, § 11, n. 1-11.

² CIRINO DO SANTOS, *Direito Penal – Parte Geral*. Florianópolis: Conceito, 5ª edição, 2012, p. 13.

³ ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*. Munchen: Beck, 26ª edição, 2009, § 24, n. 1

descreve as formas dolosas ou imprudentes de lesão do bem jurídico. Em outras palavras, provar significa demonstrar a existência do **injusto** e da **culpabilidade**, que formam o conceito de crime. Logo, provar um fato criminoso significa demonstrar a *verdade* de uma proposição acusatória – por causa disso, emerge o princípio *in dubio pro reo*, pelo qual **dúvidas** sobre a realidade do fato determinam a absolvição do acusado. O princípio *in dubio pro reo*, deduzido da garantia constitucional da *presunção de inocência* (art. 5º, LVII, CF), significa que uma *dúvida razoável* é suficiente para absolvição: a) se a acusação deve provar o fato imputado, o acusado não precisa provar o *álibi* apresentado; b) dúvidas sobre *justificações*, sobre *exculpações* ou outras *isenções de pena* não autorizam condenações.⁴

2. Perguntar *quem deve provar o fato no processo penal* conduz aos dois grandes sistemas processuais: o sistema *inquisitório* e o sistema *acusatório*. No sistema *inquisitório*, dominante no processo penal medieval, as funções de acusar e de julgar estão concentradas na pessoa do Juiz, que produz a acusação, a prova e o julgamento do fato – um sistema construído para criminalizar hereges e bruxas, orientado para a confissão (sob juramento ou sob tortura) e regido pela *presunção de culpa*, somente excluída pelas *ordálias*, ou juízos de Deus. No sistema *acusatório*, dominante no processo penal moderno, o Estado assume a função de acusar e de julgar, mas atribui a tarefa de **acusar** a um órgão do Estado (o Ministério Público) e a tarefa de **julgar** a outro órgão do Estado (o Juiz)⁵ – um sistema que introduziu a *igualdade legal* e a *presunção de inocência*, mas que garante a *desigualdade real* (criminalização seletiva das classes subalternas) e, na prática, restaurou a *presunção de culpa* pela seletiva atuação do aparelho policial contra a periferia social. No processo penal moderno não existe ainda um sistema *acusatório* puro: predomina o sistema acusatório, no qual o Juiz ainda preserva um poder de investigação pessoal do fato imputado, sem

⁴ CIRINO DO SANTOS, *Direito Penal – Parte Geral*. Florianópolis: Conceito, 5ª edição, 2012, p. 627-628.

⁵ ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*. MÜNCHEN: Beck, 26ª edição, 2009, § 13, n. 1-3; também, CIRINO DO SANTOS, *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. Florianópolis: Conceito, 2ª edição, 2012, p. 392-393.

vinculação aos meios de prova propostos pela acusação e pela defesa (*princípio da instrução*)⁶ – objeto de críticas contundentes na literatura.

3. Perguntar *como deve ser produzida a prova* conduz ao princípio do *devido processo legal* (ou do *justo processo*), que define o modo de produzir a prova criminal em todas hipóteses de privação da liberdade ou de bens do acusado (ou da vida, no caso de pena de morte). O *due process of law* (previsto no art. 5º, LIV da CF), pretende assegurar *igualdade de armas* entre defesa e acusação, garantindo à defesa a capacidade de contestar o poder incriminador da acusação – uma capacidade assegurada no varejo, mas ausente no atacado da massa de encarcerados pobres, esmagada pelo poder tecnológico e discursivo da Polícia e do Ministério Público, se não existe Defensoria Pública estruturada, como ainda ocorre no Paraná. Mas os princípios do *contraditório* e da *ampla defesa* e o princípio da *proibição de provas obtidas por meios ilícitos*, contidos no *devido processo legal*, são garantias democráticas do Estado de Direito.

3.1. O princípio do *contraditório* (art. 5º, LV, CF) exige descrição do fato imputado, com todas as suas circunstâncias, bem como prova de materialidade e indícios de autoria, na denúncia ou na queixa – uma garantia esvaziada por *denúncias genéricas*, que deslocam a definição do fato para a instrução criminal e mantêm o acusado na ignorância do fato e da prova do fato.

3.2. O princípio da *ampla defesa* (art. 5º, LV, CF) tem duas dimensões: a) a *autodefesa* do acusado, produzida no interrogatório (primeiro ato do inquérito e último da instrução criminal), pressupõe a *informação de direitos do acusado* (art. 5º, LXIII, CF), mediante comunicação do fato imputado, do direito de calar e de consultar advogado antes de qualquer declaração – coisa rara na Polícia, que primeiro interroga e depois informa os direitos, quando informa; b) a *defesa técnica* do advogado, como poder do acusado contra o poder do Estado, é de natureza *conflitual* (por exceção, pode ser *consensual* na JEC) e consiste na dedução lógica dos argumentos de defesa do acusado, identificados no inquérito policial, estruturados na instrução criminal e formalizados nas

⁶ ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*. MÜNCHEN: Beck, 26ª edição, 2009, § 15, n. 1-5; também, CIRINO DO SANTOS, *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. Florianópolis: Conceito, 2ª edição, 2012, p. 394.

alegações finais e nos recursos judiciais – uma garantia frustrada em milhares de réus indefesos ou com defesas decorativas.

3.3. A proibição de *provas obtidas por meios ilícitos* é a principal garantia do princípio *nemo tenetur (se ipsum accusare)*, instituído como proteção contra a autoincriminação (a) por métodos violentos (tortura, agressões corporais, coação, maus-tratos, ameaças) (b) por métodos ardilosos ou lesivos da livre autodeterminação (engano, hipnose, emprego de detector de mentiras, administração de drogas) e (c) por métodos limitadores da defesa (lesivos do direito de reter, ocultar, alterar ou destruir documentos, papéis ou objetos incriminadores)⁷. Não obstante, todos sabemos: tortura, ameaça, engano etc. são métodos comuns de investigação criminal, e quem exerce o direito de destruir documentos ou objetos incriminadores arrisca ser acusado de *fraude processual*, por exemplo.

4. Perguntar *por que é produzida a prova criminal* indica o objetivo da instrução criminal, antecipada na primeira pergunta: a **busca da verdade** do fato. Abstraindo a questão filosófica, fala-se em verdade absoluta, objetiva, material, formal e até em verdade funcional no processo penal.⁸ Contudo, a única verdade possível na instrução criminal é a *verdade processual*, como síntese de múltiplas representações psíquicas (autor, vítima, testemunhas e peritos), expressão formal da investigação do fato objeto de imputação criminal⁹ – um esforço de aproximação da *verdade material*, que pode ser reproduzida pelo psiquismo humano, mas não é reproduzível como acontecimento histórico. Esse esforço de reprodução psíquica do fato pode produzir uma *convicção de verdade*, segundo o princípio da *livre*

⁷ Nesse sentido, a 5ª Emenda à Constituição americana, assim como o § 136 do CPP alemão e, no Brasil, o Acórdão do STF no HC n. 79.812/01, Relator o Min. Celso Mello, que define o princípio *nemo tenetur* como direito subjetivo público.

⁸ ALBRECHT, *Criminologia – uma fundamentação para o Direito Penal* (tradução de Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso). Rio de Janeiro/Curitiba: Lumen Juris/ICPC, 2010, p. 385.

⁹ LOPES JR, *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 4ª edição, 2006, p. 271-275.

valoração da prova – que corresponde a uma *verdade subjetiva* do Juiz, mas não se confunde com a *verdade material* do fato histórico.¹⁰

Por último, essa busca da verdade no processo penal é também uma fonte de erros: a) *erros do acusado*, que não precisa dizer a verdade e tem o direito de calar; além disso, os estímulos sensoriais podem selecionar ou distorcer a percepção do fato – sempre um fenômeno psíquico ativo – produzindo uma memória falsa ou incompleta; mais ainda, a reprodução psíquica do fato depende da competência linguística do sujeito, de modo que o discurso pode tornar inverossímil uma percepção correta, ou verossímil uma percepção incorreta; b) *erros de testemunhas*, que têm o dever de dizer a verdade, mas necessidades de *álibi* podem engendrar falsos testemunhos, conscientes ou não – sem falar nos *atos falhos* como esquecimentos, deformações ou repressões psíquicas; c) *erros de peritos*, em laudos psicológicos ou psiquiátricos, cuja comprovada inconfiabilidade pode determinar resultados desastrosos, por conhecimento técnico insuficiente ou por material de prova inconsistente – agravado pelo natural prestígio da prova técnica perante a Justiça criminal; d) *erros materiais* em registros incorretos, obscuros, ambíguos ou falsos;¹¹ e) por último, *erros do Juiz* determinados por defeitos de representação – o chamado *silogismo regressivo*, conhecido em Criminologia como *metarregras*: fenômenos psíquicos emocionais (a maioria inconsciente) determinantes da concreta decisão judicial (os preconceitos, estereótipos, traumas, idiosincrasias e deformações ideológicas em geral, que informam as percepções e atitudes do julgador), desencadeados por indicadores sociais negativos de pobreza, desemprego, marginalização, moradia em favela e outras semelhantes que selecionam a clientela do sistema penal – o momento decisivo do processo de criminalização¹².

¹⁰ ALBRECHT, *Criminologia – uma fundamentação para o Direito Penal* (tradução de Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso). Rio de Janeiro/Curitiba: Lumen Juris/ICPC, 2010, p. 385; também, CIRINO DO SANTOS, *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. Florianópolis: Conceito, 2ª edição, 2012, p. 394.

¹¹ ALBRECHT, *Criminologia – uma fundamentação para o Direito Penal* (tradução de Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso). Rio de Janeiro/Curitiba: Lumen Juris/ICPC, 2010, p. 391-392.

¹² CIRINO DO SANTOS, *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. Florianópolis: Conceito, 2ª edição, 2012, p. 35-36.