

CURSO PRÁTICA NA JOVEM ADVOCACIA

AULA PRÁTICA FORENSE PENAL

Professor: Márcio Widal. Advogado e Professor. Mestrando em Garantismo e Processo Penal pela Universidade de Girona (ESP), especialista em Advocacia pela Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ) e graduado em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB/MS).

** Curso ministrado em 24.04.2017 na Escola Superior de Advocacia de Mato Grosso do Sul (ESA-MS).*

O DEVIDO PROCESSO LEGAL

O estado de direito tem nas regras do devido processo legal sua base jurídico-político, por meio da qual o exercício legítimo do monopólio da força tende a não se converter em arbítrio. (Geraldo Prado)

O modelo constitucional é o processo devido, o qual também informa o “modo-de-ser” do processo penal e o “modo-de-atuar” dos agentes processuais, desvelando um paradigma democrático e humanitário de processo. (Nereu Giacomolli)

... es más bien, la protección del débil contra el más fuerte: del débil o amenazado por la venganza, contra el más fuerte, que en el delito es el delincuente y en la venganza es la parte ofendida o los sujetos públicos o privados solidarios com el. (Luigi Ferrajoli)

O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens, banido ou exilado ou, de algum modo, prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra. (**Magna Carta**, 1215, art. 39)

Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. (**Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**, 1789, art. 7º)

Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. (**Convenção Americana de Direitos Humanos**, art. 8.1)

... Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. (**Constituição Federal**, 1988, art. 5º, LIV)

A ADVOCACIA DE DEFESA CRIMINAL

Os advogados sabem que as intervenções do sistema penal devem pautar-se por absoluta legalidade e integral respeito aos direitos não atingidos pela condição jurídica de acusado ou preso. (Nilo Batista)

No processo penal, diante do Estado que ocupa um lugar entre as partes processuais, a defesa do acusado se torna o contrapoder politicamente possível. (Nilo Batista)

A advocacia não é uma profissão de covardes. (Sobral Pinto)

URGÊNCIA PUNITIVA E POPULISMO PENAL

A velocidade é a alavanca da vida moderna (Paul Virilio)

A necessidade de respostas e comportamentos rápidos nos coloca sob *a tirania do momento* (Zygmunt Bauman)

Aliado à insatisfação popular com a falta de segurança pública e com a corrupção do sistema político, o imediatismo da vida moderna resulta no desejo popular por urgência punitiva, o que, embora motivado em boas intenções, abre espaço ao discurso que alimenta o maniqueísmo entre interesse público e direitos fundamentais.

DESAFIOS DA ADVOCACIA CRIMINAL

A essência, a dificuldade, a nobreza da advocacia é esta: sentar-se sobre o último degrau da escada ao lado do acusado. As pessoas não compreendem aquilo que de resto nem os juristas entendem; e riem, zombam e escarnecem. (Francesco Carnelutti)

Nenhum receio de desagradar a magistrado ou a qualquer autoridade, nem de incorrer em impopularidade, deve deter o advogado no exercício da profissão. (Lei nº 8.906/1994, art. 31, § 2º)

Há quem se dirige hoje o processo penal quando pretende colocar-se sob o signo da celeridade? Às expectativas. (Rui Cunha Martins)

No processo penal voltado para o espetáculo não há espaço para garantir direitos fundamentais. (Rubens R. R. Casara)

DIREITO À DEFESA

Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor a sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; (Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 8.2, b, d e e)

Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: (...) De estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, o direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exija, de ter um defensor designado ex-officio gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, art. 14.3. d)

... aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. (**Constituição Federal**, art. 5º, LV)

ESPÉCIES DE DEFESA

Defesa técnica: assistência jurídica realizada por um defensor (advogado constituído ou defensor público). Garantia obrigatoriamente assegurada pelo Estado e irrenunciável pelo acusado (artigos 261 e 263 do CPP).

Autodefesa: resistência pessoal do imputado à persecução penal estatal. Sempre facultativa. **Defesa pessoal positiva:** narrativa do imputado sobre a sua versão quanto ao fato (interrogatório). **Defesa pessoal negativa:** conduta omissa do imputado em relação à atividade probatória dos órgãos persecutórios, negando-se a participar da produção de provas (reprodução simulada, por exemplo) e a permitir intervenção corporal (fornecer material genético, por exemplo) e exercendo o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII da CF/88).

DIREITO DE DEFESA NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

- Imputar um fato ao investigado (através de indiciamento ou tratamento como suspeito) é promover **acusação em sentido amplo**.

Constituição Federal/1988: *art. 5º (...) LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (...) LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;*

Código de Processo Penal: *Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade. / Art. 184. Salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade.*

DIREITO DE DEFESA NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Lei nº 8.906/1994: Art. 7º São direitos do advogado: (...) XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital; (...) XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: a) apresentar razões e quesitos; (...)

Súmula Vinculante nº 14 do STF: É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

INTRUMENTOS DE IMPUGNAÇÃO À NEGATIVA DE ACESSO AO INQUÉRITO POLICIAL

- **Reclamação diretamente no STF (art. 102, I, “I”, CF/1988).**
- **Mandado de segurança**

MANDADO DE SEGURANÇA. INQUÉRITO POLICIAL. DIREITO DE ACESSO AOS AUTOS. ADVOGADO. SÚMULA VINCULANTE Nº 14 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Não obstante a existência de investigação em curso, é imperioso dar-se vista dos elementos probatórios já documentados em procedimento investigatório, nos exatos termos da Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal, assegurando, com isso, a lisura e legalidade do expediente. Parecer do Ministério Público opinando pela concessão parcial da segurança. SEGURANÇA CONCEDIDA. (Mandado de Segurança Nº 70056193725, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 03/10/2013)

- ***Habeas corpus***

“HABEAS CORPUS” - DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR - SÚMULA 691/STF - SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A RESTRIÇÃO SUMULAR - PERSECUÇÃO PENAL INSTAURADA EM JUÍZO OU FORA DELE - REGIME DE SIGILO - INOPONIBILIDADE AO ADVOGADO CONSTITUÍDO PELO INDICIADO OU PELO RÉU - DIREITO DE DEFESA - COMPREENSÃO GLOBAL DA FUNÇÃO DEFENSIVA - GARANTIA CONSTITUCIONAL - PRERROGATIVA PROFISSIONAL DO ADVOGADO (LEI Nº 8.906/94, ART. 7º, INCISOS XIII E XIV) - OS ESTATUTOS DO PODER NÃO PODEM PRIVILEGIAR O MISTÉRIO NEM COMPROMETER, PELA UTILIZAÇÃO DO REGIME DE SIGILO, O EXERCÍCIO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS POR PARTE DAQUELE QUE SOFRE INVESTIGAÇÃO PENAL OU ACUSAÇÃO CRIMINAL EM JUÍZO - CONSEQÜENTE ACESSO AOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS JÁ DOCUMENTADOS, PRODUZIDOS E FORMALMENTE INCORPORADOS AOS AUTOS DA PERSECUÇÃO PENAL (INQUÉRITO POLICIAL OU PROCESSO JUDICIAL) - POSTULADO DA COMUNHÃO OU DA AQUISIÇÃO DA PROVA - PRECEDENTES (STF) - DOUTRINA - “HABEAS CORPUS” CONCEDIDO DE OFÍCIO, COM EXTENSÃO, TAMBÉM DE OFÍCIO, DOS SEUS EFEITOS AOS CO-RÉUS. DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR - SÚMULA 691/STF - SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A RESTRIÇÃO SUMULAR [...] (HC 93767, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 21/09/2010, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-064 DIVULG 31-03-2014 PUBLIC 01-04-2014)

HABEAS CORPUS PARA TRANCAMENTO

O trancamento do inquérito policial e do processo-crime (ação penal) mediante *habeas corpus* é **medida excepcional**, cabível, por exemplo, nas seguintes situações:

- Manifesta atipicidade da conduta;
- Presença de causa extintiva da punibilidade;
- Quando não houver justa para investigação criminal.

SISTEMA ACUSATÓRIO

O sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado. Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal. (Aury Lopes Jr.)

... É possível afirmar que o sistema acusatório é o modo pelo qual a aplicação igualitária do direito penetra no direito processual-penal. (Lenio Streck)

CULTURA INQUISITIVA

Na esfera penal, a democratização requer que se atribua à Constituição a função de freio à exteriorização das pulsões, violências e perversões inquisitoriais, como elemento fundamental na pré-compreensão, necessária às interpretações do controle e tentativa de racionalização do poder penal. (Rubens R. R. Casara)

... o Processo Penal carrega consigo o peso de sua tradição. No caso brasileiro, tradição autoritária e inquisitiva, como vem demonstra a produção legislativa compreendida entre 1937 e 1941. (Geraldo Prado)

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DÚVIDA E ÔNUS

... o juízo de partida de toda investigação penal é a incerteza, afirmada pela presunção de inocência, e a punição apenas estará legitimada quando superado este estado de incerteza... (Geraldo Prado)

... independente da prisão em flagrante, o acusado inicia o jogo absolvido. A derrubada da muralha da inocência é função do jogador acusador. Aqui descabem presunções de culpabilidade. (Alexandre Moraes da Rosa)

INSTRUÇÃO PROBATÓRIA

...o conceito de contraditório é indissociavelmente ligado ao de “prova”. Com efeito, não existem, no processo penal aderente ao Estado de Direito, informações unilaterais que possam servir de arrimo ao convencimento do julgador. Todos os meios empregados devem ser submetidos ao crivo da parte contrária, em “paridade de armas”. (Fauzi Hassan Choukr)

...além de integrante do devido processo constitucional, o direito à prova emerge do art. 5º, LV, da CF, assim, segue destinando-se a prova a dar suporte à garantia da ampla defesa. Por isso, a obstacularização do direito à prova corrói a ampla defesa. (Nereu Giacomolli)

RESPOSTA À ACUSAÇÃO

Código de Processo Penal

Art. 396-A. Na resposta, o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.

§ 1º A exceção será processada em apartado, nos termos dos arts. 95 a 112 deste Código.

§ 2º Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias.

Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou IV - extinta a punibilidade do agente.

OITIVAS TESTEMUNHAIS

Código de Processo Penal

Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

Art. 213. O juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato.

INTERROGATÓRIO

O interrogatório é o último ato da audiência de instrução, cabendo ao acusado escolher a estratégia de autodefesa que melhor consulte aos seus interesses. (Eugênio Pacelli)

O interrogatório deve ser um ato espontâneo, livre de pressões ou torturas físicas ou mentais. (Aury Lopes Jr.)

Um juiz não pode, entretanto, permitir as questões diretas, que sugiram ao interrogado uma resposta pronta. (Cesare Beccaria)

ALEGAÇÕES FINAIS

É a oportunidade de desenvolver as teses acusatória e defensiva, nas dimensões fáticas e jurídicas, buscando a captura psíquica do julgador (Aury Lopes Jr.)

A apresentação das alegações finais é um momento fundamental para a defesa, pois é a última oportunidade de atuar no convencimento do julgador que presidiu a instrução, que, após concluída, demonstrará se a acusação logrou êxito ou não em provar os fatos narrados em sua denúncia.

PARIDADE DE ARMAS

A igualdade é conceito operativo fundamental aos sistemas jurídicos democráticos e por isso, a fim de se cegar ao seu tratamento no processo penal, deve ser considerada a partir do pano de fundo filosófico-constitucional. (Renato Stanzola Vieira)

Há uma estreita relação entre as garantias da imparcialidade do juiz e da igualdade de partes. (Gustavo Badaró)

O sistema acusatório exige simetria e recíproca paridade entre as partes processuais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Campinas: Russel.
- CASARA, Rubens R. R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo Penal*. São Paulo: Atlas.
- LOPES JÚNIOR, Lopes Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva.
- MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito: the Brazilian lessons*. São Paulo: Atlas.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. São Paulo: Forense.
- OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. São Paulo: Atlas.
- PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons.
- ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto – as garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- VIEIRA, Renato Stanzola. *Paridade de Armas no Processo Penal*. Brasília: Gazeta Jurídica.