

**Consultor Jurídico**
conjur.com.br

Apoio

[Capa](#) [Seções](#) [Colunistas](#) [Blogs](#) [Anuários](#) [Anuncie](#) [Apoio cultural](#)[TV ConJur](#) [Livraria](#) [Mais vendidos](#) [Boletim jurídico](#) [Busca de livros](#)**ADVOCACIA CRIMINAL**

Advocacia criminal para culpados: a culpa moral vs. a culpa legal

3 de junho de 2020, 7h56

 [Imprimir](#)  [Enviar](#)   [Por Diogo Malan](#)

Ouvir:

Duração



0:00

Quem se dedica à advocacia criminal provavelmente já ouviu alguma variação da seguinte pergunta: *como você pode defender alguém culpado?* A ideia de que há advogados que se dedicam à defesa de clientes culpados de crimes — especialmente graves ou violentos — tende a causar grande incompreensão ou indignação.

John Kaplan sustenta que a defesa técnica do acusado exerce três funções: (i) aumento da acurácia da apuração de fatos relevantes para a adjudicação da causa; (ii) controle sobre as eventuais condutas antiéticas ou ilegais de agentes estatais, e a adequação social ou constitucionalidade de normas penais; (iii) declaração simbólica de respeito pela dignidade do acusado, cujos direitos são oponíveis ao Estado. [1](#)

Após, tal autor examina se a sobredita racionalidade da defesa técnica é afetada quando o acusado é culpado, concluindo que a culpa só enfraquece a primeira função acima, não afetando as demais.

Kaplan ressalva que a atuação do advogado na defesa vigorosa dos interesses legítimos do cliente não exige juízo de valor sobre sua culpa. De acordo com o estatuto deontológico da advocacia, tal juízo não pode *condicionar* o grau de zelo do advogado. Por outro flanco, eventuais condutas antiéticas ou ilegais do advogado *independem* desse juízo de valor.

Allan Dershowitz, por sua vez, aponta que é raro o advogado ter *certeza* sobre a culpa do cliente e inexistirem circunstâncias mitigadoras. Mesmo quando há

LEIA TAMBÉM

OPINIÃO

Diogo Malan: *Advocacia criminal na sombra do vale da morte*

OPINIÃO

Diogo Malan: *Legislação simplifica advocacia criminal europeia*

OPINIÃO

Diogo Malan: *Advocacia criminal e machismo*

OPINIÃO

Diogo Malan: *Advocacia criminal e sua ética (parte 2)*

OPINIÃO

Diogo Malan: *Advocacia criminal e sua ética (parte 1)*

ADVOCACIA CRIMINAL

arquivamento do procedimento de investigação preliminar, rejeição da denúncia ou queixa, extinção do processo sem julgamento do mérito etc.

Ainda que sobrevenha sentença ou veredito condenatório, o processo criminal não logra estabelecer verdade *absoluta* sobre a culpa. Ao contrário, trata-se de modelo de verdade que guarda relação de *correspondência aproximativa* ao fato naturalístico imputado ao acusado, proporcionando conhecimento *relativo* sobre esse fato. [5](#)

Não é demasiado lembrar que os meios probatórios disponíveis para o acerto judicial da verdade são *falíveis*, possuindo limitações decorrentes de variados fatores (v.g. distorções, falhas e subjetivismo no processo de formação da memória da testemunha etc.). [6](#)

Durante a entrevista reservada, é raro haver confissão simples de culpa: advogados evitam perguntar sobre essa questão, e clientes tendem a ser reservados — seja por desconfiança, seja por receio de que eventual confissão enfraqueça o empenho do advogado. Mesmo quando há confissão nesse ensejo, normalmente se trata de confissão *qualificada* (o cliente invoca causa legal justificante e exculpante).

Sempre há possibilidade de a confissão ser *falsa*, motivo pelo qual o legislador atribui valor *relativo* à confissão judicial, exigindo seu cotejo com o restante do acervo probatório (artigo 197 do Estatuto Processual Penal). [7](#)

Além disso, hipotético dever moral de declínio do patrocínio do cliente culpado colocaria em causa o direito fundamental do acusado à livre escolha do defensor técnico, impondo-lhe a assistência jurídica da Defensoria Pública. [8](#)

A pergunta em digressão muitas vezes é feita por pessoas de boa-fé, porém sem conhecimento sobre a função político-institucional do advogado de órgão indispensável à administração da justiça criminal e as mazelas desse sistema, além de desinformadas pelo senso comum teórico sobre a criminalidade e suas causas e consequências.

Barbara Babcock propõe verdadeira tipologia das possíveis respostas à pergunta em apreço. [9](#)

A primeira é a *resposta do coletor de lixo*: a advocacia criminal é trabalho *sujo*, mas alguém tem que fazê-lo, pois o sistema processual penal acusatório só funciona com duas partes adversas. O advogado contribui para a integridade do sistema de administração da justiça criminal, ao exigir elevados padrões éticos nas condutas de policiais, acusadores e Juízes. Nesse sentido, o trabalho do criminalista é idêntico ao dos outros Advogados: preparação, apresentação e argumentação de questões fáticas e jurídicas relevantes, na perspectiva unilateral do interesse legítimo do cliente.

A segunda é a *resposta do constitucionalista*: o direito de defesa é cláusula pétrea constitucional que transcende o interesse pessoal do acusado, se consubstanciando em verdadeira garantia da legitimidade ético-política da jurisdição penal (*nemo iudex sine defensione*).

A terceira é a *resposta do defensor das liberdades públicas*: os acusados fazem parte da sociedade, portanto a defesa de seus direitos fundamentais implica, em última análise, defesa dos direitos fundamentais de todos nós.

A quarta é a *resposta do positivista*: a *verdade* é inalcançável, pois o fato naturalístico relevante para o processo criminal é elusivo. O veredito da culpa não necessariamente corresponde à verdade, sendo uma conclusão jurídica para a qual a atuação do Advogado, na dialética processual, é decisiva. O sofista acrescentaria que não cabe ao Advogado fazer juízo de valor sobre a culpa ou inocência do cliente, pois essa função é do Juiz ou dos jurados.

A quinta é a *resposta do filósofo*: a diferença entre culpa *moral* e culpa *legal* impede que a análise sobre a culpa *legal* do cliente seja contaminada por considerações relativas à culpa *moral*. Nessa toada, o acusado deve ser presumido inocente e assim tratado até sua condenação definitiva, inclusive pelo Advogado.

A sexta é a *resposta do calculista de probabilidades*: a absolvição de dez culpados é preferível à condenação de um único inocente. Logo, o risco de absolvição do culpado é o preço político que uma sociedade democrática deve estar disposta a pagar.

A sétima é a *resposta do ativista político*: a maioria dos culpados de crimes graves ou violentos também são vítimas de injustiças, por integrarem minorias oprimidas. Esse quadro é agravado pela violência institucional do sistema de administração da justiça criminal (v.g. estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário etc.). Assim, o Advogado exerce função social relevante quando previne o encarceramento de excluídos, minorias, oprimidos, pobres etc., em condições degradantes.

A oitava é a *resposta do assistente social*: a assistência jurídica ao cliente que pertence aos estratos sociais menos favorecidos implica reconhecê-lo como pessoa titular de direitos fundamentais, podendo fomentar sua ressocialização. Ademais disso, a precitada assistência reverbera na comunidade do cliente, diminuindo a alienação e raiva de seus amigos e familiares.

A nona é a *resposta humanitária*: o acusado de crime grave ou violento é pessoa humana em situação de grande necessidade, e auxiliá-lo é dever do ser humano perante seu semelhante.

A derradeira é a *resposta do ególatra*: a advocacia criminal é a área de atuação profissional considerada mais desafiadora, excitante e interessante. Isso porque na advocacia criminal a *aposta* (liberdade de locomoção do cliente) é mais alta e, como as cartas do jogo tendem a favorecer a polícia judiciária e o Ministério Público, a vitória processual é mais gratificante e significativa.

Em suma: à semelhança do médico em situação emergencial, o Advogado não deve discriminar causas e clientes – ainda que impopulares, *politicamente incorretos* etc. – com base em juízo de valor *moral* desfavorável. Todo acusado merece um julgamento justo (*fair trial*), independentemente de culpa, nacionalidade, gênero, estado civil, profissão, residência, idade, raça, religião, condição econômica ou social etc.

[1](#) KAPLAN, John. Defending guilty people, *In: University of Bridgeport Law Review*, v. 07, n. 02, pp. 223-255, 1986.

[2](#) DERSHOWITZ, Allan. Why I defend the guilty and innocent alike, *In: SMITH, Abbe; FREEDMAN, Monroe (Eds.). How can you represent those people?*, pp. 65-71. New York: Palgrave Macmillan, 2013.

[3](#) Um exemplo frequentemente citado é o do herói da independência John Adams, que aceitou defender soldados ingleses acusados de massacrar colonos em 1770 (FISCHER, David; ABRAMS, Dan. *John Adams under fire: The founding father's fight for justice in the Boston Massacre murder trial*. New York: Hanover Square Press, 2020).

[4](#) Monroe Freedman defende que o Advogado exerce múnus público indispensável à administração da justiça, portanto a sua decisão de aceitar ou rejeitar determinado cliente tem natureza *moral*, gerando dever de justificar publicamente a aceitação de causa ou cliente impopular (FREEDMAN, Monroe. The lawyer's moral obligation of justification, *In: Texas Law Review*, n. 74, pp. 111-118, 1995).

[5](#) BADARÓ, Gustavo. *Epistemologia judiciária e prova penal*, pp. 121 e ss. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

[6](#) KAGUEIAMA, Paula Thieme. *Falibilidade da prova testemunhal no processo penal: Um estudo sobre falsas memórias e mentiras*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2020).

[7](#) Quem estuda modelos consensuais de aplicação de pena sabe que há incentivos e pressões para que acusados inocentes se declarem *culpados* (YOFFE, Emily. Innocence is irrelevant, *In: The Atlantic*, sep. 2017).

[8](#) STF, 2ª Turma, HC 92.091-SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 28.08.2012.

[9](#) BABCOCK, Barbara. Defending the guilty, *In: Cleveland State Law Review*, n. 32, pp. 175-187, 1983-184; BABCOCK, Barbara. "Defending the guilty" after 30 years, *In: SMITH, Abbe; FREEDMAN, Monroe (Eds.). How can you represent those people?*, pp. 01-13. New York: Palgrave Macmillan, 2013.

[Topo da página](#)

 [Imprimir](#)  [Enviar](#)   

[Diogo Malan](#) é advogado criminalista, sócio do Mirza & Malan Advogados e professor da Uerj e da UFRJ.

Revista **Consultor Jurídico**, 3 de junho de 2020, 7h56

COMENTÁRIOS DE LEITORES

2 comentários

CULPA

O IDEÓLOGO (Cartorário)

4 de junho de 2020, 11h05

A função do advogado criminal é eliminar a culpa do culpado. Se não consegue, atenuar a culpa jurídica, apesar de que, a culpa moral, fica na consciência do "rebelde primitivo", e somente será expiada quando estiver para entrar no Reino de Asmodeu.

[Responder](#)

DEFESA PRIVADA OU PÚBLICA VS. MP

César127 (Promotor de Justiça de 1ª. Instância)

3 de junho de 2020, 21h14

Como li alhures, "a opinião do Promotor de Justiça é por convicção, e não por conveniência. Pedir a absolvição, na insuficiência probatória, ou a condenação, na medida da culpabilidade, consiste na arte do ofício ministerial. Afinal, não existe travesseiro mais macio do que uma consciência limpa."

[Responder](#)

[Ver todos comentários](#)

[Comentar](#)

RECOMENDADO PARA VOCÊ

Links patrocinados por taboola

Loteria americana conhecida pelo seu jackpot de R\$ 10 bilhões chega ao Brasil

theLotter.com

Dor nas juntas é passado! Cápsula da cartilagem é liberada em SÃO PAULO

Articaps

Bariátrica em cápsula seca a gordura, tira o inchaço e vira febre em São Paulo

PhytoPower Caps

Pele enrugada? Anvisa libera composto que "estica" a pele por dentro

SkinCaps

ÁREAS DO DIREITO

Administrativo Ambiental Comercial Consumidor Criminal Eleitoral Empresarial Família Financeiro Imprensa Internacional
Leis Previdência Propriedade Intelectual Responsabilidade Civil Tecnologia Trabalhista Tributário

COMUNIDADES

Advocacia Escritórios Judiciário Ministério Público Polícia Política

CONJUR

[Quem somos](#)

[Equipe](#)

[Fale conosco](#)

PUBLICIDADE

[Anuncie no site](#)

[Anuncie nos Anuários](#)

SEÇÕES

[Notícias](#)

[Artigos](#)

[Colunas](#)

[Entrevistas](#)

[Blogs](#)

[Estúdio ConJur](#)

ESPECIAIS

[Eleições 2018](#)

[Especial 20 anos](#)

PRODUTOS

[Livraria](#)

[Anuários](#)

[Boletim Jurídico](#)

REDES SOCIAIS

[Facebook](#)

[Twitter](#)

[Linkedin](#)

[RSS](#)

Consultor Jurídico

ISSN 1809-2829 www.conjur.com.br [Política de uso](#) [Reprodução de notícias](#)

tal certeza, o caso proporciona questões controversas sobre reconstrução probatória de fatos naturalísticos imputados (juízo *epistêmico*), aplicação ou interpretação de normas (juízo *jurídico*), ou respeito a garantias processuais (juízo *procedimental*). Nessas hipóteses, o advogado deve defender vigorosamente, dentro dos limites éticos e legais, os interesses legítimos do cliente — aos quais são subordinados os interesses ideológicos e pessoais do advogado. [2](#)



Advocacia criminal e suas responsabilidades

OPINIÃO

Diogo Malan: *Advocacia criminal e dever de indignação*



Facebook



Twitter



LinkedIn



RSS

Esse autor reconhece que o advogado tem a opção ética e legal de declinar a representação de cliente desprezado ou impopular, que ele acredita ser culpado. Não obstante, nenhum advogado deve exercer esse direito por considerar que a causa ou o cliente são *politicamente incorretos*, ante os riscos de: (i) erosão do regime constitucional de liberdades públicas; (ii) divisão da classe por recorte ideológico, ensejando a assunção de casos por ideólogos crentes que *paixão* e *política* substituem *preparação* e *profissionalismo*.

Dershowitz arremata elogiando a cultura jurídica norte-americana de *universalidade* das liberdades públicas e de defesa de clientes dos quais o advogado discorda com veemência, independentemente de questões ideológicas, políticas, ou da natureza da acusação. [3](#)

Quanto à pergunta formulada no primeiro parágrafo acima, ela parte de premissa discutível: o advogado não precisa exercer juízo de valor sobre a culpa *moral* do cliente, nem *condicionar* a aceitação da causa a juízo de valor favorável sobre tal culpa. É possível ir além: o advogado não tem dever moral de justificar publicamente a aceitação de determinada causa ou cliente, por mais impopulares ou *politicamente incorretos* que eles sejam. [4](#)

Isso porque o advogado não defende seu cliente da culpa *moral*, e sim da culpa *legal*. Assim, o seu *múnus público* consiste em exigir das autoridades públicas o respeito pelos direitos fundamentais do acusado, a superação da sua presunção de inocência por *standard probatório* rigoroso, a proporcionalidade da pena aplicada em caso de condenação etc.

Assim como o médico em situação emergencial não pode recusar atendimento com base em juízo de valor *moral* negativo sobre o paciente, o Advogado tampouco deve discriminar cliente com base no precitado juízo.

A finalidade do processo criminal é a adjudicação do conflito entre poder punitivo do Estado e direito de liberdade do acusado, via meios probatórios de reconstrução histórica do fato naturalístico imputado.

Ou seja, no momento da assunção da causa pelo advogado, a superveniência de sentença ou veredito sobre a culpa é evento *futuro* e *incerto*, sendo possíveis