

4

GARANTIAS ESTRUTURANTES DO SISTEMA PUNITIVO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

“A acusação é apenas um infortúnio, enquanto não verificada pela prova. Daí esse prolóquio sublime, com que a magistratura orna seus braços, desde que a justiça criminal deixou de ser a arte de perder inocentes: *Res Sacra Reus*: o acusado é uma entidade sagrada” (Rui Barbosa: Obras Completas, Vol. XIX, t. III, p. 113)¹.

4.1

Introdução

O presente capítulo dedica-se à exposição dos fundamentos sobre os quais se organiza o sistema punitivo em um Estado democrático de direito, ou seja, a influência que os conceitos tradicionais de Estado de direito e democracia projetam sobre as normas penais, especialmente as regras de Direito Processual Penal.

Com efeito, acredita-se que determinados conteúdos materiais, que decorrem dos fundamentos políticos e jurídicos que animam a idéia de um Estado de direito estão além da possibilidade de deliberação democrática. Alguns desses conceitos, por sua vez, impõem escolhas sobre normas de natureza penal e processual penal.

Com base nessas premissas estabelecidas acima, será demonstrado o caráter estruturante da garantia processual da vedação de auto-incriminação em razão de sua importância na dogmática do Direito Processual Penal e da sua íntima relação com o conceito de Estado democrático de direito.

¹ *Apud* BELO, Warley: *A tortura no interrogatório extrajudicial: Até quando?*. Boletim do IBCCRIM, nº 154, São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 11.

4.2

Um modelo garantista: Estado de direito e democracia

O Estado de direito não é apenas um Estado instituído por lei, mas também um modelo de organização política e jurídica caracterizada pelo respeito à legalidade (em que o exercício do governo se dá conforme as leis) e pelo compromisso de efetivação dos direitos fundamentais a partir da incorporação dos deveres públicos tanto quanto das vedações de atuações que violem a liberdade dos indivíduos, no plano substancial.

O conceito de Estado de direito é determinado pela forma como estão relacionados o Estado e o indivíduo. A concepção desenvolvida pelos teóricos da ilustração nos séculos XVII e XVIII, e inicialmente incorporada pelas doutrinas jusnaturalistas estabeleceu que o Estado e o direito são criações artificiais dos indivíduos. É nesse contexto que se opera a transformação do Estado absoluto em Estado de direito: quando o indivíduo passa da condição de súdito à de cidadão; deixa de ser um sujeito de direitos “naturais” para tornar-se detentor de direitos “constitucionais”.

Posteriormente, as constituições elaboradas a partir do início do século XX passaram a conter, junto ao núcleo antes referido de direitos tradicionais de liberdade, também outros direitos fundamentais voltados à proteção e promoção da saúde, educação, informação, trabalho, alimentação etc². Tais direitos têm natureza diversa da do primeiro grupo na medida em que não importam numa abstenção do Estado, mas justamente no movimento contrário. Estes novos direitos correspondem às expectativas dos cidadãos de um comportamento ativo do Estado.

Assim, a noção de Estado de direito é alargada para corresponder não só a um Estado vinculado por vedações, mas também vinculado por obrigações. Sustenta Ferrajoli que o Estado de direito liberal seria aquele que apenas incorporasse as prestações negativas, ao passo que o Estado de direito social teria

² “O elenco dos direitos fundamentais varia de época para época, de povo para povo, e por isso não se pode fixar um elenco de uma vez por todas: pode-se apenas dizer que são fundamentais os direitos que numa determinada constituição são atribuídos a todos os cidadãos indistintamente, em suma, aqueles diante dos quais todos os cidadãos são iguais” (BOBBIO, Norberto: *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 41).

estas garantias e também compreenderia as prestações positivas, sendo imperioso o registro do autor de que tais conceitos não são excludentes, mas complementares³.

Ferrajoli aponta que os direitos fundamentais são dados históricos e ético-valorativos (e não dados naturais e empírico-descritivos). Nesse diapasão, a enunciação do Estado de direito na era liberal considerou apenas os direitos que eram essenciais naquele momento histórico, aos quais se somaram os direitos relativos ao trabalho, saúde e educação, no século XX, e que são hoje aumentados para compreender os novos direitos (como é o caso do direito à proteção do meio ambiente) continuamente incorporados como garantias frente às novas ameaças às condições naturais de vida.

Assim, o garantismo corresponde à expansão dos direitos dos cidadãos, e conseqüentemente acarreta a maximização da liberdade⁴. Ferrajoli defende a regra do Estado mínimo liberal e Estado máximo social. Na esfera penal, o Estado seria mínimo, como decorrência das limitações à atividade repressiva e da diminuição das restrições à liberdade.

A liberdade individual também está vinculada à possibilidade de planejamento da vida do indivíduo com base nas leis, o que não existe em regimes totalitários. A articulação entre Estado de direito e democracia não pretende simplesmente reduzir o poder do Estado nominalmente, mas efetivar essa redução por meio de regras antecipadamente debatidas e aceitas pela sociedade.

³ “Obviamente os dois tipos de garantias e os correspondentes modelos de Estado não se excluem entre si, como, vez ou outra, costuma-se afirmar de maneira injustificada nas contraposições entre liberdades individuais e justiça social, nem tampouco se implicam reciprocamente, como ao contrário imaginaram algumas utopias anarquistas ou marxista-leninistas com base na idéia de qualquer nexos indissolúvel entre perfeita igualdade e plena liberdade. Os dois modelos são, todavia, logicamente independentes: podem ocorrer (e historicamente assim ocorreram) Estados liberais profundamente anti-sociais, como o foram aqueles paleocapitalistas do século passado; Estados sociais profundamente antiliberais, como são aqueles do socialismo real; Estados ao mesmo tempo antiliberais e anti-sociais, como as muitas ditaduras fascistas do primeiro e do terceiro mundo que afligiram o nosso século; e, por fim, Estados ao menos normativamente tanto liberais como sociais enquanto enunciam e garantem seja os direitos fundamentais a prestações negativas que aqueles, igualmente fundamentais, a prestações positivas também” (FERRAJOLI, Luigi: *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 692).

⁴ “Neste sentido, o garantismo, como técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos, voltado a determinar o que estes não devem e o que devem decidir, pode bem ser concebido como a conotação (não formal, mas) estrutural e substancial da democracia: as garantias, sejam liberais ou sociais, exprimem de fato os direitos fundamentais dos cidadãos contra os poderes do Estado, os interesses dos fracos respectivamente aos dos fortes, a tutela das minorias marginalizadas ou dissociadas em relação às maiorias integradas, as razões de baixo relativamente às razões do alto” (FERRAJOLI, Luigi: *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 693).

Assim, mesmo os atos de um Poder Legislativo democraticamente eleito estão sujeitos à avaliação de sua constitucionalidade pelo Poder Judiciário, até porque as escolhas democráticas não extraem sua validade do simples fato de terem sido democraticamente escolhidas.

O garantismo sustenta um modelo de direito penal mínimo em que não se admite uma visão moralista do direito penal nem tampouco se tolera uma visão exclusivamente utilitária do direito penal. Como salienta Ferrajoli, “*um utilitarismo como esse, voltando o direito penal unicamente para a finalidade do ne peccetur, orienta-lhe as escolhas para a adoção de meios penais maximamente fortes e ilimitadamente severos*”⁵.

Por conseguinte, é possível estabelecer uma relação entre as formas de legitimação interna e externa daí resultando que, quanto maior a vinculação à lei (legitimação interna) que se impuser ao legislador (na tarefa de proibir), ao juiz (na tarefa de julgar) e ao executor (na tarefa de imposição da pena), maiores serão as garantias do cidadão.

Ao mesmo tempo, quanto maior for a vinculação das leis aos valores incorporados nos níveis normativos superiores (princípios constitucionais) e especificamente aos direitos fundamentais (legitimação externa), mais força vinculante terão as leis cuja observância se impõe no momento de proibir, julgar e punir.

Assim como o Direito Penal constitui a mais violenta expressão do poder estatal sobre a liberdade individual e por isso tem sua aplicação justificada unicamente quando caracterizada a imperiosa necessidade, o Direito Processual Penal, por sua vez, tem como finalidade estruturar regras para que esse exercício da violência estatal permita, de alguma forma, que o indivíduo confronte o poder do Estado no curso de um processo.

Essas características do sistema punitivo estão diretamente conectadas à exigência de limitações democráticas à soberania popular. Exemplo dessa relação entre garantismo e democracia é a exigência de que uma condenação esteja baseada na verdade processual (alcançada no curso do processo): num Estado de direito, nem mesmo o consentimento da maioria da comunidade ou mesmo de sua

⁵ FERRAJOLI, Luigi: *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 267.

totalidade autoriza que se aceite como válida uma decisão que não tenha sido submetida à comprovação e efetivamente comprovada⁶.

Ademais, a rigidez constitucional é indispensável para que estejam protegidas as condições essenciais de existência da democracia. É graças a essa concepção que a sociedade, no momento histórico (1), protege essa mesma sociedade no momento histórico (3), de ter seus direitos violados pela sociedade no momento histórico (2). Da mesma forma, a maior limitação das decisões majoritárias também está voltada para a proteção das minorias e para a viabilização da coexistência de uma multiplicidade de culturas éticas convivendo em igualdade de condições no seio de uma sociedade plural.

Também é importante considerar que toda intervenção na liberdade individual deve ocorrer de forma segura, o que acarreta, inexoravelmente, uma resposta sub-ótima da legislação às demandas sociais. O Estado está sempre um passo atrás na sua tarefa de identificar condutas consideradas danosas e torná-las criminosas. Aceitar isso como um dado inerente à democracia e ao garantismo é considerar esse um preço aceitável a ser pago pela segurança obtida.

4.2.1

Democracia procedimental versus democracia constitucional

Oscar Vilhena Vieira utiliza uma imagem originalmente citada por Jon Elster – a partir da concepção fabulosa de Homero na epopéia “Odisséia” – para definir o papel que a Constituição desempenha num Estado democrático de direito.

Tendo que atravessar o mar em um ponto em que habitavam sereias (seres cujo canto místico enfeitiçava os homens para depois matá-los), Ulisses

⁶ “Não se pode sacrificar a liberdade de um homem, de quem não se tenha verificado a responsabilidade penal no interesse e na vontade de todos. Este é, como se verá, um postulado político fundamental do liberalismo penal, que exclui tanto a justificação meramente instrumentalista ou utilitarista quanto a consensualista ou democrática das decisões punitivas. No direito penal, a única justificação aceitável das decisões é representada pela verdade de seus pressupostos jurídicos e fáticos, entendida a ‘verdade’ precisamente no sentido da ‘correspondência’ mais aproximada possível da motivação às normas e aos fatos julgados. Só se referidos à verdade como correspondência podem os critérios da coerência e da aceitabilidade justificada impedir, de fato, a prevaricação punitiva pelo único interesse ou vontade mais ou menos geral e vincular o juízo à estrita legalidade, ou seja, aos fatos empíricos previamente denotados pela lei como puníveis.” (FERRAJOLI, Luigi: *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 56).

pediu a seus homens que o amarrassem ao mastro do navio, tapassem seus próprios ouvidos com cera e não obedecessem a nenhuma ordem sua até que as sereias tivessem desaparecido. Desse modo, embora tenha perdido o discernimento, desejando atirar-se ao mar, Ulisses não sucumbiu ao encantamento, o que seria fatídico.

“Neste mesmo sentido, as constituições democráticas atuariam como mecanismos de auto-limitação, ou precomprometimento, adotados pela soberania popular para se proteger de suas paixões e fraquezas”⁷.

Esse arranjo teórico entre democracia e constituição implica na limitação da soberania popular dos membros de uma coletividade e também de suas futuras gerações. Por conseguinte, enfrenta resistência entre os defensores de uma concepção democrática formal ou procedimental, segundo a qual o sistema democrático de tomada de decisões não pode estar limitado pela substância da decisão, com exceção daquelas decisões que afetem o próprio procedimento democrático de escolha.

Contudo, para considerar os efeitos da construção, pelo Poder Judiciário, de significados e conteúdos para normas de garantia em matéria processual penal é preciso analisar o fundamento da imposição de limites substanciais à soberania popular (e, com maior razão, às deliberações do Poder Judiciário).

Afinal, o conceito de democracia substancial – também chamada democracia constitucional – constitui uma premissa teórica para, a partir daí, identificar que elementos constituem os fundamentos de um sistema punitivo democrático, ou seja, aquelas regras e princípios que não podem ser suprimidos da estrutura do sistema punitivo, sob pena de a legitimidade do Estado para proibir, processar e punir dissociar-se do paradigma democrático.

No que tange à legitimação do direito, a tensão entre as teorias democráticas procedimentais e substanciais reproduz, de certa forma, o embate entre as correntes liberal e comunitária acerca do fundamento de legitimidade do Estado.

Na concepção liberal, os homens são sujeitos de direitos antes mesmo da constituição do Estado. Esses direitos podem ter origem metafísica, racional ou

⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena: *A constituição como reserva de justiça*. Lua Nova - Revista de Cultura e Política, nº 42, São Paulo: CEDEC Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, 1997.

mesmo serem uma construção hipotética, conforme a corrente liberal que se adote. Tais direitos são, portanto, universalizáveis, não estando adstritos à história particular de cada Estado ou grupo social.

Um dos mais recentes teóricos do liberalismo, John Rawls parte de uma premissa lógica hipotética para deduzir um princípio da justiça universal⁸, segundo o qual todos têm direito a um mesmo rol de liberdades básicas num esquema em que seja respeitada a liberdade de cada um e que as eventuais desigualdades existentes decorram unicamente do diferente aproveitamento das oportunidades iguais que foram criadas para todos.

Seriam tais direitos que assegurariam o respeito de cada um por si mesmo, já que cada indivíduo poderá perseguir sua própria concepção de bem. A garantia para todos dos mesmos direitos é reconhecimento do respeito mútuo entre as pessoas e torna possível o desenvolvimento de uma sociedade comprometida com aquele princípio de justiça. Sem esse respeito recíproco pelos direitos inalienáveis do outro não é possível uma verdadeira convivência democrática.

Ronald Dworkin, outro festejado teórico liberal, aponta tais direitos indisponíveis como sendo resultado da escolha moral da comunidade. As pessoas aceitam ser governadas por princípios comuns (formando uma comunidade de princípios) e não por regras forjadas num compromisso político. Logo, as decisões do Estado e da própria comunidade devem corresponder aos princípios éticos que orientam o direito, e que estão ligadas à noção de direitos individuais.

Nesse modelo, a indisponibilidade dos direitos individuais morais não poderá ser modificada pela comunidade, nem mesmo no exercício do autogoverno. Dworkin rejeita a concepção de que uma maioria política possa modificar aquilo que decorre da ação coletiva da comunidade, pois o Estado foi fundado para preservar aqueles direitos, não se podendo desvirtuar a legitimidade do Estado fazendo com que os direitos deixem de ser invioláveis.

Por conseguinte, a legitimidade do Estado e do direito não decorrem de um procedimento democrático, mas de uma “lei superior”, restando à política, na

⁸ RAWLS, John: *Justiça como equidade: uma concepção política, não metafísica*. Lua Nova - Revista de Cultura e Política, nº 25, São Paulo: CEDEC Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, 1992.

visão liberal, a tarefa de mediação entre as concepções particulares de bem e os fins coletivos da sociedade.

Jürgen Habermas critica os teóricos liberais porque discorda dessa característica de concorrência entre atores que agem estrategicamente para atingir posições de poder, arregimentando interesses particulares de outros indivíduos⁹. Para Habermas, a vontade política deve ser construída a partir de um consenso argumentativo, público e racional, nada parecido com a barganha de interesses privados.

Também opostos ao liberalismo político estão os teóricos comunitários, os quais sustentam que embora a justiça possa ser um princípio universal, a realização social desse princípio está vinculada à autodeterminação dos homens que se reúnem em mundos morais particulares. Não se pode definir indivíduos a partir de direitos a eles atribuídos, pois tais direitos são formulações abstratas, historicamente situadas e interpretadas culturalmente.

Para Michael Walzer¹⁰, os direitos não são pré-políticos, naturais, nem derivam da capacidade moral dos indivíduos, mas representam os valores que uma determinada comunidade elegeu como bem, no exercício da sua liberdade coletiva (soberania popular). Não se pode falar em escolhas políticas universais e imutáveis já que as comunidades políticas podem renovar ou redefinir sua identidade política por meio da ação coletiva de mobilização popular.

Os direitos não são universais, e sim valores compartilhados por cada diferente comunidade de indivíduos, os quais são respeitados em razão de uma decisão política; e, portanto, passíveis de serem modificados ou restringidos também por uma decisão política. A teoria comunitária sustenta a proposição de que a liberdade constitui a possibilidade de que cada comunidade encontre o fundamento de legitimidade de seu próprio Estado, com base nas suas próprias experiências culturais e históricas concretas.

⁹ Segundo Habermas, na concepção liberal “o processo democrático cumpre a tarefa de programar o Estado no interesse da sociedade, entendendo-se o Estado como o aparato da administração pública e a sociedade como o sistema, estruturado em termos de uma economia de mercado, de relações entre pessoas privadas e do seu trabalho social. A política (no sentido de formação política da vontade dos cidadãos) tem a função de agregar e impor os interesses sociais privados perante um aparato estatal especializado no emprego administrativo do poder político para garantir fins coletivos” (HABERMAS, Jürgen: *Três modelos normativos de democracia*. Lua Nova - Revista de Cultura e Política, nº 36, São Paulo: CEDEC Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, 1995, p. 39).

¹⁰ WALZER, Michael: *Da tolerância*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Nessa perspectiva, o conceito de direitos humanos é relativizado, podendo abarcar mais ou menos garantias, dar maior ênfase aos aspectos civis, políticos ou sociais da liberdade individual. Alguns direitos individuais serão inclusive constitucionalmente protegidos, porém não poderão ser considerados como elementos que limitem a soberania popular.

Embora concorde com os comunitários na percepção da política como o espaço adequado de reflexão e formação de uma sociedade orientada para o bem comum (revelando-se como estrutura da comunicação pública voltada para o entendimento), Habermas critica a perspectiva comunitária em razão de sua dependência de cidadãos orientados para o bem comum, sustentando que as sociedades atuais são plurais e, portanto, incompatíveis com uma identidade coletiva de concepção de bem.

Com efeito, na concepção habermasiana, o que confere legitimidade à autodeterminação cidadã, à manifestação coletiva sobre valores, é que essa decisão coletiva provenha de um acordo racionalmente motivado e alcançado como consequência de um procedimento legislativo democrático. Por sua vez, o exercício da autonomia pública depende do reconhecimento da existência de um sistema de direitos¹¹, sem o qual não haverá legitimidade nas relações estabelecidas por meio do direito positivo.

Ao preconizar a “institucionalização dos procedimentos e pressupostos comunicativos”, colocando o direito a meio caminho da moral e da política, Jürgen Habermas traz à discussão uma nova contribuição, denominada teoria crítico-deliberativa, e alertando para a necessidade de superação da tensão entre as visões liberal e comunitária¹². Fica evidente a existência de um limite substancial à soberania popular, consistente no sistema de direitos.

¹¹ “(1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de liberdades subjetivas de ação*. Esses direitos exigem como correlatos necessários: (2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito; (3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual. (...) (4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo. (...) (5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) a (4)” (HABERMAS, Jürgen: *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 159/160).

¹² “A teoria do discurso, que associa ao processo democrático conotações normativas mais fortes do que o modelo liberal, porém mais fracas do que o modelo republicano, toma elementos de

A teoria crítico-deliberativa avança com a contribuição de Joshua Cohen, para quem o conceito crítico-deliberativo de democracia (segundo o qual o exercício do poder do Estado provém das decisões coletivas dos membros da sociedade que são governados por esse poder e, mais precisamente, das discussões desses membros) também deve estar vinculado à uma definição acerca da comunidade política em que se realizará a prática democrática.

Numa comunidade homogênea, por exemplo, em que há adesão generalizada a uma doutrina religiosa ou determinada concepção moral, compreende-se facilmente que as decisões devam estar de acordo com esse conteúdo substancial e, nesse caso, a legitimação não derivaria do processo (ainda que democrático) pelo qual elas foram tomadas. Porém, mesmo numa comunidade plural, em que todos os membros são livres e iguais, não é qualquer conteúdo de decisão democrática que pode ser considerado válido em função do seu processo de escolha (ainda que democrático).

A limitação substancial, nesse caso, não estaria representada pelo sistema de direitos (de algum modo externo ao conceito de democracia), mas será a própria concepção de que os membros de uma comunidade são livres e iguais que implicará num conceito substancial de democracia¹³. Da mesma maneira, não há como afastar outros conceitos substanciais da concepção de democracia como, por exemplo, a abertura para discussão de teses políticas alternativas, condições para que essas teses sejam discutidas publicamente, etc.

De acordo com Cohen, na concepção liberal a democracia é vista apenas como meio para decidir que valores o Estado deve preservar ou realizar, quando deveria ser entendida como um valor “em si” a ser combinado com os demais. Se

ambos e os articula de uma forma nova e distinta. Coincidindo com o modelo republicano, ela concede um lugar central ao processo político de formação da opinião e da vontade comum, mas sem entender como algo secundário a estruturação de um Estado de Direito. Em vez disso, a teoria do discurso entende os direitos fundamentais e os princípios do estado de Direito como uma resposta conseqüente à questão de como institucionalizar os exigentes pressupostos comunicativos do processo democrático. A teoria do discurso não faz a realização de uma política deliberativa depender de uma cidadania coletivamente capaz de ação, mas sim da institucionalização dos correspondentes procedimentos e pressupostos comunicativos” (HABERMAS, Jürgen: *Três modelos normativos de democracia*. Lua Nova - Revista de Cultura e Política, nº 36, São Paulo: CEDEC Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, 1995, p. 47).

¹³ “To say that citizens are free is to say, inter alia, that no comprehensive moral or religious view provide a defining condition of membership or the foundation of the authorization to exercise political power. To say that they are equal is to say that each is recognized as having the capacities required for participating in discussion aimed at authorizing the exercise of power” (COHEN, Joshua: *Procedure and substance in deliberative democracy*. BENHABIB, Seyla (org.): *Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political*. Princeton University Press: New Jersey, 1994, p. 96).

os valores da comunidade fossem independentes do valor “democracia” as liberdades políticas seriam reduzidas a uma função meramente instrumental. Cohen também discorda da concepção comunitária, que admite a diminuição das liberdades não-políticas sem que isso acarrete déficits para o processo de legitimação democrática.

A teoria crítico-deliberativa, portanto, está organizada em torno do ideal de justificação política no qual as decisões são válidas se, e somente se, decorrem de um procedimento público de argumentação entre pessoas livres e iguais¹⁴. Assim, busca-se construir as condições institucionais e sociais que permitam a discussão pública e amarrem o poder público a essa discussão. De modo idêntico, se o conceito de comunidade é construído a partir de uma autonomia pública coletiva, devem ser criadas condições para a preservação dessa própria autonomia¹⁵.

A concepção democrática da teoria crítico-deliberativa, ao impor limites substanciais à soberania popular, ecoa a preocupação de autores como Luigi Ferrajoli que sustentam a impossibilidade – tanto empírica como teórica – de se falar em outra democracia que não seja a democracia constitucional.

A “democracia constitucional”, de que fala Ferrajoli, consiste no reconhecimento de uma dimensão substancial ao lado da dimensão formal da

¹⁴ “A deliberative conception puts public reasoning at the center of political justification. I said ‘public reasoning’ rather than ‘public discussion’ because a deliberative view cannot be distinguished simply by its emphasis on discussion rather than bargaining or voting. (...) The conception of justification that provides the core of the ideal of deliberative democracy can be captured in an ideal procedure of political deliberation. In such a procedure participants regard one another as equals; they aim to defend and criticize institutions and programs in terms of considerations that others have reason to accept, given the fact of reasonable pluralism and the assumption that those others are reasonable; and they are prepared to cooperate in accordance with the results of such discussion, treating those results as authoritative” (COHEN, Joshua: *Procedure and substance in deliberative democracy*. BENHABIB, Seyla (org.): *Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political*. Princeton University Press: New Jersey, 1994, p. 99/100).

¹⁵ “Evidente que a regra da maioria desempenha um papel de destaque nesse processo de decisão coletiva entre indivíduos iguais, porém a decisão democrática não depende de um simples fato aritmético. Essa decisão deve resultar de um processo de formação livre e racional da vontade. Portanto a manutenção de certos direitos é tão essencial à democracia como a própria regra da maioria. Nesse sentido o precomprometimento constitucional, por intermédio de cláusulas superconstitucionais, será moralmente legítimo toda vez que proibir os cidadãos de se auto-destruírem enquanto seres igualmente livres, portadores de direitos que protegem sua condição de dignidade humana. (...) As cláusulas pétreas não precisam assim buscar no direito natural a sua fundamentação, mas prospectivamente retiram sua legitimidade da capacidade de compreender quais as pré-condições fundamentais para a preservação da autonomia privada e pública dos cidadãos” (VIEIRA, Oscar Vilhena: *A constituição como reserva de justiça*. Lua Nova - Revista de Cultura e Política, nº 42, São Paulo: CEDEC Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, 1997, p. 79/80).

democracia, de modo que as leis devessem sua legitimidade a um processo de validação simultaneamente substancial e formal, representada pela coerência entre essa produção legislativa com os valores que animam a estruturação do Estado.

Tais elementos correspondem ao núcleo duro das constituições, encontrando-se na esfera daquilo que não está submetido à maioria e nem mesmo à unanimidade dos cidadãos. Para Ferrajoli, são os direitos fundamentais constitucionalmente fixados que constituem as normas substanciais que condicionam a validade substancial da produção legislativa¹⁶.

O papel desempenhado pelos direitos fundamentais na restrição da soberania popular decorre das aporias que atingem o conceito meramente formal de democracia: a primeira aporia está na limitação imposta pelo princípio do Estado de direito, que não admite a existência de poderes absolutos, nem mesmo o da soberania popular; a segunda aporia está no fato de que uma dimensão formal de democracia não está habilitada para proteger efetivamente o funcionamento democrático do Estado¹⁷.

Diante dessa perspectiva, torna-se necessária uma investigação que determine que elementos constitucionais desempenhariam a função de proteger a comunidade de seus próprios excessos, sem que isso signifique impedi-la de construir sua própria história e de exercer sua autonomia política. Essas mesmas preocupações estão presentes, ainda que em menores proporções, quando se pretende estruturar um sistema punitivo democrático.

¹⁶ “Las cuatro dimensiones, en cambio, son todas necesarias y conjuntamente suficientes para definir el paradigma de la actual *democracia constitucional*, con base en la cual se sustrae a cualquier poder decisorial, tanto público como privado, la disponibilidad no sólo de los derechos políticos y del método democrático en la formación de las decisiones, sino del entero conjunto de los derechos fundamentales y de los otros principios constitucionales, como la división de poderes, la independencia de la jurisdicción – tanto de la ordinaria como constitucional – y las varias figuras de incompatibilidad dirigidas a impedir excesos de poder y conflictos de intereses” (FERRAJOLI, Luigi: *Sobre la definición de “democracia”. Una discusión con Michelangelo Bovero*. ISONOMIA, nº 19, Alicante: Universidade de Alicante, 2003, p. 232).

¹⁷ “La positivización de principios y derechos fundamentales en normas constitucionales, condicionando la legitimidad del sistema político a su plena tutela y observancia, ha incorporado también en la democracia una dimensión sustancial, que se añade a la dimensión formal o política tradicional. Quiero decir que dimensión sustancial de la validez de las leyes en el estado constitucional de derecho, determinada por los principios sustanciales que no pueden ser derogados por sus contenidos, se traduce en una dimensión sustancial de la democracia misma. De la misma manera en la que la dimensión formal de la vigencia, determinada por las reglas de procedimiento sobre la forma de las decisiones, corresponde a la dimensión formal de la democracia.”. (FERRAJOLI, Luigi: *Juspositivismo crítico y democracia constitucional*. ISONOMIA, nº 16, Alicante: Universidade de Alicante, 2002, p. 12/13).

Trata-se de incorporar na dogmática do direito penal e processual penal as preocupações democráticas no tocante à existência de determinados conceitos substanciais que assumem o papel de *conditio sine qua non* na estruturação de um sistema punitivo ilustrado, racional, moderno e democrático, assim entendido porque preserva a autonomia dos indivíduos frente ao Estado e ao controle que este exerce sobre aqueles.

4.2.2

Fundamentos de um sistema punitivo democrático

A investigação de que elementos substanciais representariam as bases fundantes de um sistema punitivo democrático é um dos objetivos da teoria do garantismo penal, que tem em Luigi Ferrajoli seu maior expoente. Para desenvolver uma análise crítica do sistema punitivo que mais se coaduna com as premissas de um Estado democrático de direito Luigi Ferrajoli estabelece três diferentes eixos de análise.

O primeiro plano desse estudo corresponde à análise do direito a partir de um enfoque epistemológico (ou filosófico), controlando e reduzindo o poder do Estado no curso de um processo que visa impor uma restrição por meio da violência estatal. O segundo plano, denominado de plano político ou axiológico, está voltado para a justificativa ético-política da qualidade, quantidade e necessidade da intervenção do poder sobre a liberdade, como também nos critérios das decisões judiciais. O terceiro plano de estudo é o plano jurídico ou normativo, ligando-se à noção de validade, assim como à exigência de coerência interna do sistema penal positivo e à relação entre legislação infraconstitucional e os princípios normativos superiores.

A primeira preocupação na elaboração de um sistema punitivo democrático é assegurar “*o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade*”¹⁸, no plano epistemológico, o que se constrói a partir de duas vertentes: o convencionalismo penal (associado à legalidade estrita) e o

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi: *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 30.

cognitivismo processual (associado à jurisdicionalidade estrita), correspondentes, respectivamente, aos campos do direito penal e processual penal.

Por convencionalismo penal ou princípio da legalidade estrita Ferrajoli define a reserva absoluta de lei, representando a vinculação do legislador à taxatividade e à precisão empírica na formulação de regras que prescreverão as condutas puníveis.

Trata-se, a bem da verdade, de um postulado que orienta a técnica legislativa. Essas exigências visam afastar a tipificação de condutas penais por meio de normas que não estejam relacionadas a fatos, mas a pessoas,

“Como as normas que, em terríveis ordenamentos passados, perseguiram as bruxas, os hereges, os judeus, os subversivos e os inimigos do povo; como as que ainda existem em nosso ordenamento, que perseguem os ‘desocupados’ e os ‘vagabundos’, os ‘propensos a delinquir’ (...)”¹⁹.

Portanto, os tipos penais devem descrever taxativamente as ações que podem ser imputadas ao acusado, excluindo-se qualquer componente extralegal na construção do tipo penal, de maneira que a relevância penal não seja determinada pela natureza, pela moral ou por qualquer outra espécie de autoridade que não a lei²⁰.

O cognitivismo processual (princípio da estrita jurisdicionalidade) determina que a hipótese acusatória deve ser passível de verificação e de exposição à refutação. Somente pode haver imposição de pena se um fato determinado, descrito e reconhecido pela lei como delituoso, puder ser submetido à comprovação, permitindo a produção de provas e contra-provas. Assim, ao contrário dos juízos valorativos, os juízos penais devem ser predominantemente cognitivos e estarem baseados em elementos que afirmem ou neguem fatos ou direitos.

A epistemologia garantista opõe-se a modelos em que os elementos relativos à definição das condutas puníveis e à comprovação judicial dessas condutas são autoritários. O primeiro elemento autoritário, que Ferrajoli denomina de substancialismo penal, está representado pela “*desvalorização do*

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi: *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 31.

²⁰ “Somente por convenção jurídica, e não por imoralidade intrínseca ou por anormalidade, é que um determinado comportamento constitui delito; e a condenação de quem se tenha provado ser responsável não é um juízo moral nem um diagnóstico sobre a natureza anormal ou patológica do réu” (FERRAJOLI, Luigi: *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 33).

papel da lei como critério exclusivo e exaustivo de definição dos fatos desviados (desvio punível)”²¹ e significa a previsão de condutas puníveis de modo indeterminado e valorativo, permitindo discriminações fundadas nas características pessoais e esvaziando o princípio da estrita legalidade.

O segundo elemento autoritário é chamado decisionismo processual e representa a subjetividade do juízo²² em que há “*ausência de referências fáticas determinadas com exatidão [e a decisão judicial] resulta mais de avaliações, diagnósticos e suspeitas subjetivas do que de provas de fato*”²³. O decisionismo processual também importa em subjetividade na determinação das qualidades pessoais do réu, pervertendo o processo penal para transformá-lo numa análise da personalidade do agente, ao invés de ser um conjunto de procedimentos para buscar a comprovação de fatos objetivos.

No centro da divergência entre a epistemologia garantista e a epistemologia autoritária está a diferença no tipo de “verdade jurídica” que se pretende alcançar. A epistemologia autoritária pretende, em matéria penal, alcançar uma verdade “absoluta”, “unívoca”, “objetiva”, cuja busca, por suas próprias características, admite a utilização de quaisquer meios aptos para que seja alcançada, ultrapassando os limites das regras procedimentais, fazendo com que os fins justifiquem os meios²⁴.

²¹ FERRAJOLI, Luigi: *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 35.

²² “A apuração da verdade é uma meta essencial do direito processual penal. Para que haja eficácia na aplicação do direito penal substantivo é necessário que o caso produzido seja verdade. A adequação material é pressuposto de uma sentença justa: (...) É tarefa, pois, do direito processual penal definir modelos de compreensão que possibilitem que o juiz não erre na formação de sua convicção” (DIAS NETO, Theodomiro: *O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano*. Revista Brasileira de Ciências Criminas, n° 5. São Paulo, 1997, p. 180).

²³ FERRAJOLI, Luigi: *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 36.

²⁴ “En toda esta cuestión existen dos ‘filosofías’: a) Una fundamentadora que considera que la justicia debe luchar o librar una guerra contra la delincuencia o determinadas manifestaciones de ella, lo cual justifica un amplio y arbitrario ejercicio del poder punitivo, dota a investigadores de un gran margen de actuación y permite a los magistrados colocarse en un escalón superior al imputado en lugar de limitarse a determinar meramente si un hecho que la ley reputa delito se realizó y si lo hizo esa persona, de modo que transforman el proceso penal en una suerte de tratamiento resocializador tendiente a la expiación.

b) La otra es instrumental y se refiere a la pesquisa o persecución criminal. Administrar justicia en un Estado democrático de Derecho es cuestión totalmente distinta a transformarse en justiciero. La ley y el juez penal no ganan ninguna guerra cuando se condena, ni pierden cuando se absuelve a un sospechoso. Muchas veces se han alzado a lo largo de toda la historia sosteniendo que las sentencias absolutorias son un escándalo político, a lo que Carrara contestaba que verdadero escándalo sería ver a los tribunales condenar siempre, y ver a jueces a quienes les parece cometer un pecado si absuelven, y que tiemblan como fiebrados y suspiran como infelices al firmar una absolución, aunque ni tiemblan ni suspiran al firmar una condena”. (DE LUCA, Javier Augusto: *Notas sobre la cláusula contra la autoincriminación controlada*. Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal n° 9. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004, p. 273)

Por sua vez, a epistemologia garantista somente admite uma condenação que tenha por base a verdade processual, construída a partir da observância de regras determinadas e referentes aos fatos que tenham relevância penal. Logo, esta é a primeira premissa teórica para a formulação de um sistema punitivo democrático na sua pretensão de tutelar ao máximo a liberdade dos indivíduos.

A axiologia garantista trabalha com a noção dos custos e objetivos do direito penal e processual penal. Se o sistema repressivo puder ser entendido como destinado a definir, individualizar e reprimir o desvio penal, o conjunto de restrições à liberdade individual constituirá um “custo” cuja justificação deve ser racionalmente fundamentada²⁵.

Ferrajoli destaca que essa justificação é especialmente importante na medida em que o “custo” do sistema punitivo estatal pesa sobre todos e não apenas sobre os culpados. Além de estarmos todos sujeitos às proibições de condutas consideradas delituosas, também os inocentes podem ser, como de fato são, submetidos às agruras de um processo criminal e, muitas vezes, até condenados injustamente²⁶.

²⁵ “Para considerar as premissas que acabam de ser referidas, impende considerar que no Estado Constitucional e Democrático de Direito, fundado nos direitos fundamentais, o Direito penal (particularmente o Direito penal que envolve o *ius libertatis*), em razão dos custos e da violência que significa, somente se *justifica* quando presentes algumas exigências ético-políticas (...)” (GOMES, Luiz Flávio: *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 15).

²⁶ “Refletindo sobre o peso destes custos, compreende-se a centralidade que o direito penal ocupa na caracterização de um ordenamento jurídico e do sistema político que através deste se expressa. No tratamento penal manifesta-se – em estado puro e na maneira mais direta e conflitual – a relação entre Estado e cidadão, entre poder público e liberdade privada, entre defesa social e direitos individuais. O problema da legitimação ou justificação do direito penal, conseqüentemente, ataca, na raiz, a própria questão da legitimidade do Estado, cuja soberania, o poder de punir, que pode chegar até ao *ius vitae ac necis*, é sem sombra de dúvida, a manifestação mais violenta, mais duramente lesiva aos interesses fundamentais do cidadão e, em maior escala, suscetível de degenerar-se em arbítrio. A falta de correspondência entre culpados, processados e condenados, e, em particular, a ‘cifra de injustiça’, formada pelas, ainda que involuntárias, punições de inocentes, cria, de outra parte, complicações gravíssimas e normalmente ignoradas ao problema da justificação da pena e do direito penal. Se, com efeito, os custos da justiça e aqueles opostos da ineficiência podem ser, respectivamente, justificados em modo positivo, ou tolerados com base em doutrinas e ideologias de justiça, os custos da injustiça, por seu turno, são, neste diapasão, injustificáveis, consentindo ao direito penal que os produz apenas uma justificativa eventual e negativa, ancorada nos custos maiores que, hipoteticamente, a falta de um direito penal e das suas garantias acarretaria. Porém, a cifra da injustiça, como facilmente perceptível na análise até o momento realizada, é, principalmente, o produto da carência normativa ou da não efetividade prática das garantias penais e processuais, que acabam por prestar-se ao arbítrio e ao erro. E, ao menos no que tange aos ordenamentos modernos, quanto mais cresce o Poder Judiciário das disposições já evidenciadas, tanto maior se tornam a ilegitimidade jurídica e a injustificabilidade política. O problema da justificação, portanto, se confunde, em larga escala, com o problema do garantismo, posto que, como veremos, as suas soluções dependem dos modelos normativos de direito e de processo penal escolhidos e do seu efetivo funcionamento” (FERRAJOLI, Luigi: *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 89).

Sendo certo que o direito penal constitui a mais violenta expressão do poder estatal sobre a liberdade individual, a justificação racional do sistema punitivo também exige que a ativação do aparelho repressivo estatal ocorra somente quando caracterizada a imperiosa necessidade e, mesmo assim, de maneira subsidiária. Corolário da subsidiariedade²⁷ é a exigência de resultado material da conduta penal, não se admitindo que determinadas ações, ainda que aparentemente típicas, sejam consideradas delituosas se não houver concreta lesão ao bem jurídico protegido²⁸.

Além da racionalidade, a axiologia garantista também exige um modelo de direito que traduza justiça, mais especificamente um modelo formal ou procedimental de justiça e não uma concepção particular de justiça. O sistema penal deve estar estruturado para que a definição e apuração da responsabilidade penal não se transformem num campo aberto ao arbítrio das intervenções punitivas infundadas.

O sistema garantista (SG) adota dez máximas que incorporam os postulados que um sistema penal deve satisfazer para sua justificação. Essas máximas estão assim numeradas por Ferrajoli:

- A1 – Nulla poena sine crimine (retributividade)
- A2 – Nullum crimen sine lege (legalidade, nos sentidos estrito e lato)
- A3 – Nulla lex (poenalis) sine necessitate (necessidade)
- A4 – Nulla necessitas sine injuria (lesividade ou ofensividade do evento)
- A5 – Nulla injuria sine actione (materialidade)

²⁷ “Quando deve o Estado intervir para impor uma pena a determinada conduta? Esta pergunta nos leva à questão tão discutida de saber se o Direito Penal tem ou não caráter secundário. (...) A polêmica surgiu, em grande medida, com o desacerto da escolha da palavra ‘secundário’ para designar algo que é essencial ao Direito Penal. Por ‘secundário’ se entende, em linguagem corrente, algo sem importância, irrelevante. E o Direito Penal é tudo, menos isso. Muitos autores afirmam, de fato, que nossa disciplina é secundária; mas com isso não pretendem discutir sua importância, mas sublinhar que o recurso à pena para proteger interesses socialmente relevantes é o extremo, que o Direito Penal apenas intervém em última instância; pois a privação da liberdade, da vida, inclusive (pena de morte), supõe uma intervenção tão profunda na esfera individual que somente se deve recorrer a ela quando os bens jurídicos atingidos sejam da máxima envergadura e outra consequência jurídica distinta da pena não ofereça garantia suficiente de proteção” (ORDEIG, Enrique Gimbernat: *Conceito e método da ciência do direito penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 25).

²⁸ “A violação de um bem jurídico-penal não basta por si para desencadear a intervenção, antes se requerendo que esta seja absolutamente indispensável à livre realização de cada um na comunidade. Nesta precisa acepção o direito penal constitui, na verdade, a *ultima ratio* da política social e sua intervenção é de natureza definitivamente subsidiária” (DIAS, Jorge de Figueiredo: *Questões fundamentais do direito penal revisadas*. São Paulo: RT, 1999, p. 78).

A6 – Nulla actio sine culpa (culpabilidade ou responsabilidade pessoal)

A7 – Nulla culpa sine iudicio (jurisdicionalidade)

A8 – Nullum iudicium sine accusatione (separação entre juiz e acusação)

A9 – Nulla accusatio sine probatione (ônus da prova)

A10 – Nulla probatio sine defensione (contraditório e defesa)²⁹

As máximas e as relações entre as máximas³⁰ do sistema garantista têm por objetivo adequar o sistema punitivo a um conceito de Estado de direito³¹

“Entendendo-se por esta expressão um tipo de ordenamento no qual o poder público e especificamente o poder penal estejam rigidamente limitados e vinculados à lei no plano substancial (ou dos conteúdos penalmente relevantes) e submetidos a um plano processual (ou das formas processualmente vinculantes)”³².

Esse conceito de Estado de direito aponta para duas conclusões. A primeira delas é um modelo de democracia com grande margem de limitação substancial em matéria penal; a segunda é que se pode falar num modelo penal denominado de “direito penal mínimo”, contraposto ao “direito penal máximo”,

²⁹ “A cadeia principiológica elaborada pelo autor serve como instrumento avaliativo de toda incidência do sistema penal, desde a elaboração da norma pelo legislativo até a irrogação da pena. Viabiliza ao intérprete uma principiologia adequada para legitimação/deslegitimação de todo o espectro teórico sistemático da atuação penal: da teoria da norma (princípio da legalidade, princípio da necessidade e princípio da lesividade) à teoria do delito (princípio da materialidade e princípio da culpabilidade) e da teoria da pena (princípio da retribuição jurídica), bem como da teoria processual (princípio da jurisdicionalidade, princípio da presunção de inocência, princípio acusatório, princípio da verificabilidade probatória, princípio do contraditório e princípio da ampla defesa). Tais princípios correspondem às ‘regras do jogo’ do direito penal no interior dos Estados democráticos de direito e, dado ao fato de sua gradual incorporação constitucional, conformam vínculos formais e materiais de validade jurídica das normas penais e processuais penais” (CARVALHO, Salo de: *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 88).

³⁰ Por teoremas derivados das máximas devemos entender todas as possíveis relações dos axiomas, de onde derivam as afirmações: A11 – *Nulla poena sine lege*; A12 – *Nulla poena sine necessitate*; A13 – *Nulla poena sine injuria*; A14 – *Nulla poena sine actione*; A15 – *Nulla poena sine culpa*; etc; A21 – *Nullum crimen sine necessitate*; A22 – *Nullum crimen sine injuria*; A23 – *Nullum crimen sine actione*; A24 – *Nullum crimen sine culpa*; e assim por diante.

³¹ “O fim de declaração da verdade e restauração da paz jurídica rompida com a violação ao Direito legitima os amplos poderes investigatórios de que o Estado dispõe, invariavelmente invasivos dos direitos fundamentais do indivíduo. Mas o dever de apuração da verdade não fundamenta somente medidas jurídicas orientadas à condenação do culpado. É necessário ainda que se tomem precauções para proteger o inocente de acusações e condenações injustas. Em face da possibilidade sempre aberta do erro, os princípios humanistas de presunção da inocência e *in dubio pro reo* são pilas de um procedimento penal orientado aos valores do Estado de Direito. Assume-se assim a possibilidade de absolvição do culpado face ao interesse maior de evitar a condenação do inocente”. (DIAS NETO, Theodomiro: *O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n° 5. São Paulo, 1997, p. 180).

³² FERRAJOLI, Luigi: *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 83.

esteja ele mais próximo ou mais distante daquelas máximas que compõem o sistema SG.

Não obstante a dicotomia entre as tendências de direito penal mínimo e direito penal máximo, é possível que ambas convivam num mesmo ordenamento jurídico. Essa convivência é um dos pontos críticos no que tange à efetividade do sistema penal e aparece como um traço comum às democracias modernas³³.

Ligada à epistemologia e à axiologia está uma teoria do direito garantista, que se liga à noção de validade do sistema penal positivo a partir de sua confrontação com princípios normativos superiores. Nesse momento surge com maior nitidez a limitação da soberania popular pelo princípio do Estado de direito, que deve incorporar limites substanciais (validade substancial) além dos limites formais (validade formal).

Essa diferenciação entre legitimidade formal e legitimidade substancial é importante para esclarecer a natureza da relação entre democracia política e Estado de direito. Segundo Ferrajoli, são as condições formais e as condições substanciais de validade que formam o objeto de dois diferentes tipos de regras: sobre “quem pode” e sobre “como se deve” decidir.

As regras do primeiro tipo estão ligadas à forma de governo ao passo que as outras à estrutura dos poderes do Estado. Será da natureza das regras desse primeiro conjunto que dependerá o caráter do sistema político (democrático, oligárquico, monárquico, burocrático); da natureza das regras do segundo tipo é que se identificará o caráter do sistema jurídico (totalitário ou de direito).

A primeira característica desse Estado de direito é sua justificação a partir de uma abordagem racionalista subjetivista de cunho ilustrado herdada da modernidade. Em sua fundamentação política, o Estado liberal tem sua justificação teórica focada na relação Estado-governado, privilegiando-se a autonomia individual na construção de uma vida livre e na busca pelo que cada um considera ser seu projeto de felicidade. O uso coletivo do poder social para alcançar uma determinada concepção moral é visto como uma fonte de perigo já

³³ “Nos ordenamentos dos modernos Estados de direito, caracterizados pela diferenciação em vários níveis de normas, estas duas tendências opostas convivem entre si, caracterizando a primeira os níveis normativos superiores, e a outra, os níveis normativos inferiores, e dando lugar com sua separação a uma ineficiência tendencial dos primeiros e uma ilegitimidade tendencial dos segundos” (FERRAJOLI, Luigi: *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 83).

que não se espera que o Estado tenha pretensões morais independentes das dos seus membros.

Seguindo esse raciocínio, é necessário estabelecer formas de controle do Estado, sobressaindo aquela que se efetiva por meio de uma constituição que restringe, controla e separa os poderes, atuando como limite do próprio Estado. Não se trata de uma concepção meramente positivista-formalista que atribua à constituição o status de norma fundamental, nem tampouco uma visão jusnaturalista de que os direitos ali consagrados constituem direitos pré-políticos.

A justificativa para o controle do Estado decorre da constatação de que o Estado possui um poder incontestável, que o exercício desse poder pode ocorrer de modo impróprio e que, por ser o próprio Estado o responsável por elaborar a legislação, deve haver um limite previamente estabelecido para que essa atividade seja bem desenvolvida.

Ferrajoli lembra que o Estado moderno nasceu ligado ao conceito de Estado de direito e não ao conceito de democracia (como monarquia constitucional e não como democracia representativa), ou seja, a limitação do poder precede sua fundação democrático-representativa. Se o Estado de direito surge vinculado à noção de garantias inderrogáveis, vedações intransponíveis (vedação de punir, prender, perseguir, censurar etc, sem que estejam presentes as condições estabelecidas em lei), tais direitos adquirem o status de invioláveis, indisponíveis e inalienáveis.

O Estado de direito é entendido como um sistema de limites substanciais que deve ser observado pelo governo para a salvaguarda das garantias fundamentais³⁴, contrapondo-se ao Estado absoluto, seja ele democrático ou autocrático.

³⁴ “A eficiência na prestação da justiça penal não é, pois, um valor absoluto. Em um Estado de Direito, a persecução penal deve estar submetida ao controle do Direito. E função do direito processual penal assegurar que os métodos estatais de prevenção e controle do crime sejam compatíveis com a proteção dos direitos de personalidade do acusado, à sua privacidade, integridade moral e física, identidade pessoal. Visto desta forma, o direito processual penal não é somente veículo de realização do direito penal material, mas também direito constitucional aplicado, sendo indicador da cultura política e jurídica de uma sociedade. (...) Tal princípio é expressão de uma cultura jurídica que concebe o direito processual penal não só como instrumento de proteção dos cidadãos contra o crime, mas como instrumento de proteção da dignidade do acusado diante da intervenção estatal excessiva”. (DIAS NETO, Theodomiro: O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n° 5. São Paulo, 1997, p. 180).

A segunda característica da relação entre garantismo, Estado de direito e democracia está voltada para a limitação do princípio democrático no que tange ao estabelecimento de leis que restrinjam princípios de direitos e garantias individuais em nome da realização de um interesse coletivo. É inegável que o bem estar coletivo representa um objetivo político das sociedades democráticas, muito embora seja igualmente fácil compreender a vulnerabilidade que o regime democrático apresenta às investidas de um bem estar coletivo ao custo das liberdades individuais e das minorias.

Essa premissa não é unânime. Bökenförde, por exemplo, entende que a soberania popular é superior a qualquer outro fundamento de organização estatal, pois é o único que fornece legitimidade ao domínio político. Nesse diapasão, sustenta que mesmo um Estado teológico, fundado no direito divino, pode regular a vida política dos indivíduos, desde que tenha sido democraticamente escolhido³⁵.

Os únicos limites da decisão majoritária, nesse contexto, seriam os direitos de liberdade democrática (direito eleitoral e de organização de partidos, salvo aqueles que pretendam abolir a organização democrática do Estado). As garantias fundamentais são assim consideradas exclusivamente para que o indivíduo tenha liberdade frente ao processo democrático. Na perspectiva garantista, o fundamento de legitimidade do Estado não é sua organização democrática, mas o respeito e a tutela dos direitos fundamentais. A democracia é um componente indissociável do Estado de direito garantista, mas não é a fonte política da legitimidade estatal.

Uma terceira característica que se pode ressaltar traz à tona a concepção garantista de separação entre validade e justiça, consubstanciada na divisão entre legitimação interna e externa e na exclusividade da primeira para a avaliação da validade de uma lei.

A legitimação externa significa a fundamentação não metafísica do direito penal e processual, separando-se direito e moral, validade e justiça, ser e dever-ser, distinções oriundas da filosofia iluminista e está contraposta à

³⁵ “Desde luego em una democracia puede establecerse el dominio de la razón, de la ley, del progreso, o de un derecho divino, y cualquiera de ellos puede determinar em um sentido material la regulación de la vida em común, pero solo cuando y em la medida em quel el pueblo lo quiera así y lo haga suyo como titular del poder del Estado” (BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Editorial Trotta, 2000, p. 54).

fundamentação jurídica que se utiliza na aplicação cotidiana do direito, chamada de legitimação interna.

A legitimação externa se diferencia da legitimação interna porque os critérios da primeira têm caráter extrajurídico, enquanto os da segunda são intrínsecos ao direito positivo. Assim, da perspectiva externa, o direito é legítimo se é ‘justo’, enquanto da perspectiva interna o direito é legítimo se é ‘válido’.

Historicamente, os sistemas punitivos podem ser agrupados sob duas grandes correntes teóricas: a que separa as formas de legitimação ou a que as confunde. O primeiro modelo de sistema penal é associado ao iluminismo e ao garantismo, enquanto o segundo está identificado com o substancialismo jurídico ou com o formalismo ético.

O modelo de substancialismo jurídico representa a sujeição da norma à moral, seja essa moral deduzida a partir da razão humana, seja ela de origem metafísica ou divina. Aqui, os ideais de justiça são superiores ao direito positivo e são eles que determinam o que é, e o que não é direito.

O modelo de formalismo ético significa exatamente o oposto, ou seja, a sujeição da moral à norma. Aqui, o direito é considerado como um critério ético em si, determinando a lei positiva o que é e o que não é justo. Esses modelos representam as faces opostas da confusão entre direito e moral e são, ambos, modelos autoritários, assim considerados porque identificadas com concepções substancialistas do delito, da verdade judiciária e da finalidade da pena.

No modelo garantista, a questão da validade não está vinculada somente à existência jurídica da norma ou à sua correspondência formal com as normas hierarquicamente superiores, mas também à correspondência material com essas normas. Assim, embora o direito “válido” prossiga sendo qualquer direito regularmente produzido, existem normas que orientam a produção do direito e que servirão de parâmetro para a avaliação da sua validade.

Estas normas, atualmente, correspondem aos princípios ético-políticos incorporados ao ordenamento jurídico, positivados ou não, sobretudo no nível constitucional, que impõem “*valorações ético-políticas das normas produzidas e atuam como parâmetros ou critérios de legitimidade e ilegitimidade não mais externos ou jusnaturalistas, senão internos ou juspositivistas*”³⁶.

³⁶ FERRAJOLI, Luigi: *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p.289.

Todavia, é importante ressaltar que a diferença entre legitimação interna e externa não significa uma porta aberta ao Poder Judiciário para subjugar a vontade política da sociedade, que se expressa por meio do Poder Legislativo.

Assim como a lei deve ser precisa na definição do desvio penal (pois a ambigüidade aumenta a margem de autoritarismo), o poder de interpretação das leis deve ser limitado pelos critérios jurídicos da legitimação interna. Não se pode recorrer a argumentos políticos ou morais na ativação do aparelho punitivo estatal sobre a liberdade individual.

Afinal, o recurso à legitimação externa (critérios políticos ou morais) na avaliação da validade do direito pode representar justamente uma aproximação com o modelo autoritário e antigarantista de substancialismo jurídico.

A função da legitimação externa é permitir um enfoque crítico do direito positivo em função da axiologia garantista. Se por um lado o interesse da comunidade está tutelado mediante a definição de condutas puníveis, o direito penal também deve tutelar o interesse daquele que realizou o delito, apenando-lhe somente na medida exata da necessidade.

Se, ao negar o critério da exata necessidade da pena, o direito penal passar a ter por finalidade vingar o delito perpetrado, estaríamos diante de um paradoxo, eis que o direito penal foi criado para substituir a vingança privada pela aplicação de justiça por um ente imparcial.

Especificamente no campo do direito penal e processual penal, o garantismo aciona um “seguro” contra a ameaça de exacerbação da violência estatal que a hipertrofia do Judiciário representa: o juízo de validade da lei, que repercute sobre a garantia estrita do princípio da legalidade, pode ceder, mas somente ante o princípio da maximização da liberdade. Podem ser considerados corolários dessa concepção os critérios do *favor rei*, da analogia *in bonam partem*³⁷ e do *ne reformatio in pejus*, dentre outros.

³⁷ “A doutrina afirma que é possível a analogia *in bonam partem*, isto é, que é permitido defender uma solução *incompatível com a letra da lei* se isso favorece ao réu e se existem pontos de vista materiais que falam por ela. A doutrina tem razão. Isso se deduz de uma interpretação teleológica do ‘princípio da legalidade’ cuja existência obedece, fundamentalmente, à gravidade da consequência jurídica que a lei penal ordena, isto é, à gravidade da pena, que supõe uma intervenção nos bens mais preciosos da pessoa (vida, liberdade). Fato é que a comunidade, para proteger interesses jurídicos de suma importância, pode restringir a liberdade do indivíduo; porém, esta intervenção é de uma transcendência tal que o cidadão pode exigir que lhe digam, com clareza, quais são os comportamentos motivadores de uma reação estatal tão radical; pode exigir que lhe seja garantido que não acontecerá de ser surpreendido, de uma hora para outra, com o fato de o Estado o privar de bens tão fundamentais como a liberdade, a honra, empregos e cargos

Em suma, o recurso à legitimação externa ou o exame substancial da validade de uma lei somente pode ser admissível, em matéria penal e processual penal, quando a interpretação conferida pelo Poder Judiciário estiver direcionada para a ampliação do espectro da liberdade individual.

Nesse caso, os riscos decorrentes de uma leitura moral da lei pelo Poder Judiciário – o aumento do arbítrio punitivo estatal e a quebra do fundamento de confiança que os indivíduos depositaram no estado como protetor dos direitos fundamentais – não estariam presentes.

Portanto, é possível afirmar que a construção de um sistema punitivo adequado a um Estado democrático de direito pode ser representado pela tentativa de aproximar o plano normativo infraconstitucional e as práticas judiciais (e policiais) do plano normativo constitucional que estabelece a dignidade e a liberdade individuais como valores fundamentais.

De outro lado, essa representação pode ser feita ainda como a tentativa de equilíbrio entre um modelo de proteção da personalidade do acusado e o interesse de eficiência nas investigações e processos criminais conduzidos no âmbito do Estado.

4.2.3

A vedação de auto-incriminação como garantia estruturante de um sistema punitivo democrático

Fixadas as premissas anteriores – (1) o reconhecimento de conteúdos substanciais como componentes indissociáveis da forma de organização democrática de um Estado; e (2) reconhecimento de elementos essenciais (regras processuais penais) para a adequação de um sistema punitivo a um Estado democrático de direito – é possível passar à seguinte, que pretende sustentar o papel central da garantia de vedação de auto-incriminação na definição de um

públicos que tiver o sujeito, por atos de cuja proibição não o informaram antes que os cometesse. Resumindo: em Direito Penal, e quando o teor literal é claro, o intérprete somente tem duas alternativas: ou acolher o significado das palavras legais em toda a sua extensão ou limitá-lo (para mais ou para menos). Apenas quando uma interpretação, materialmente fundamentada, favoreça o réu é lícito prescindir do ‘significado possível’ da lei penal” (ORDEIG, Enrique Gimbernat: *Conceito e método da ciência do direito penal*. São Paulo: RT, 2002, p.44/45).

modelo de sistema processual penal adequado ao sistema punitivo de um Estado democrático de direito.

Atualmente, a vedação de auto-incriminação significa a garantia de que ninguém poderá ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal, bem como será igualmente vedada a criação de qualquer prejuízo ou interpretação desfavorável ao indivíduo que optar por exercer o direito que cria uma barreira intransponível na produção da prova processual penal.

Se é verdade que todos os cidadãos têm a obrigação legal de colaborar com a justiça durante uma investigação de natureza penal: caso mintam, omitam ou se calem serão processados e eventualmente punidos por falso testemunho³⁸; é igualmente verdade que isso não se aplica ao réu. Este réu (ou acusado, indiciado, investigado, suspeito ou qualquer pessoa que se veja em situação de ter que revelar um crime durante um depoimento) é o único de quem não se pode esperar colaboração com a acusação.

Com efeito, é no interrogatório do acusado que se manifestam mais claramente as diferenças entre os sistemas autoritários e democráticos³⁹.

O reconhecimento dessa íntima relação entre a natureza jurídica do interrogatório e o tipo de sistema processual penal é declarada por vários autores, embora seja ignorada (propositalmente ou não) pela maioria. Dentre aqueles que expressamente declaram essa vinculação entre as palavras do acusado e os objetivos da lei processual penal estão Manuel da Costa Andrade e Claus Roxin:

“Pertenece a los principios internacionalmente reconocidos de un procedimiento penal propio del Estado de derecho que el imputado no tiene que incriminarse a sí mismo (*nemo tenetur se ipsum accusare*) y que tampoco

³⁸ Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: Pena - reclusão, de um a três anos, e multa. § 1º As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta.

³⁹ “La versión del acusado relativa a la infracción que se le atribuye es, indudablemente, pieza fundamental de todo procedimiento penal. (...) Sin embargo, diferentes son las formas en que los sistemas implementan el ejercicio de este acto, y ello responde a que distinta es la concepción que cada sistema de procedimiento criminal tiene acerca del acusado” (QUINTANA, Tomás Ojea: *El privilegio contra la autoincriminación: reflexiones acerca de dos sistemas distintos de procedimiento criminal (adversarial y no adversarial)*. Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal nº 9. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004, p. 251).

su esfera individual debe quedar desprotegida, a merced de la intervención del Estado”⁴⁰.

“O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* ganha, assim, o significado de uma decisiva pedra de toque, imprimindo carácter e extremando entre si os modelos concretos de estrutura processual. Bem podendo, por isso, figurar como critério seguro de demarcação e de fronteira entre o processo de estrutura acusatória e as manifestações de processo inquisitório. Não devendo, pois, estranhar-se que as grandes linhas de clivagem e de afrontamento que marcaram a evolução histórica das instituições processuais penais se tenham invariavelmente repercutido neste tópico.

Resumidamente, se a consagração mais ou menos explícita do princípio configura uma das marcas irrenunciáveis do processo penal de estrutura acusatória, já a sua denegação anda incindivelmente associada às concretizações históricas do processo inquisitório. Tanto do processo pré-moderno como das manifestações atávicas e mais recentes de inquisitório, de que oferecem exemplos expressivos quer a legislação processual penal de obediência nacional-socialista quer o direito processual penal dos estados socialistas”⁴¹.

Optou-se por examinar a centralidade da garantia de vedação de auto-incriminação na organização do sistema processual a partir de dupla abordagem: a primeira, dogmática, considerando-se a natureza jurídica do interrogatório do acusado; e a segunda, política, examinando-se a própria natureza e finalidade do Direito Processual Penal, embora não se possa identificar claramente a distinção entre essas duas abordagens.

Com efeito, assim como a natureza jurídica do interrogatório de um determinado sistema processual – se meio de prova ou meio de defesa – permitirá

⁴⁰ ROXIN, Claus: *Libertad de autoincriminación y protección de la persona del imputado*. BAIGUN, David et. al: *Estudios sobre Justicia Penal em homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Del Porto: 2005, p. 422.

⁴¹ Prossegue o autor: “Por seu turno, também o processo penal nacional-socialista e socialista sacrificam, cada um a seu modo, a prevacentes valores transpersonalistas, que colidem abertamente com o princípio *nemo tenetur*. Isto sobretudo depois de a idéia de autonomia pessoal de inspiração kantiana ter emprestado a este princípio uma conotação acentuadamente individualista e, por isso, uma tensão centrífuga e improgramável. Como PUPPE refere, ‘é uma das características das modernas ditaduras da atitude moral (*Gesinnungsdiktaturen*) partir do primado de um sublimado ideal de pertinência ao partido ou à comunidade, para sacrificar, humilhar e punir arbitrariamente o cidadão porque não logra satisfazer tão elevadas exigências’. Na mesma linha, e reportando-se concretamente à experiência nacional-socialista acentua RÜPING: ‘o valor central da comunidade transcende os interesses conflitantes no processo e obriga os participantes a colaborar no fim comum do processo, a descoberta da verdade. Os direitos dos participantes esgotam-se na sua funcionalidade para este fim, devendo conseqüentemente converter-se em deveres: quer deveres de declaração, quer, opinião também sustentada, deveres de realização de tarefas conformes à verdade’. Um modelo semelhante de processo, prossegue o autor, é oferecido ‘pelo direito vigente na DDR: o fim do processo, que se sobrepõe ao antagonismo das partes, reside na promoção da legalidade socialista. Uma colaboração dos participantes tem o sentido de um contributo para a descoberta da verdade. Da vinculação à sociedade socialista emerge o dever de um comportamento adequado’.” (ANDRADE, Manuel da Costa: *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra editora, 1992, p. 122).

que se rotule o sistema como inquisitivo ou acusatório (ou ainda, autoritário ou garantista), é igualmente verdade que um determinado sistema processual, conforme sua aspiração, interpretará e aplicará as regras relativas ao interrogatório de modo a considerá-lo meio de prova ou de defesa.

Explica-se: até hoje se discute, no plano dogmático, o *status* jurídico do interrogatório na dogmática do Direito Processual Penal, se meio de prova ou meio de defesa. Todavia, esse debate esconde uma opção política anterior, acerca da finalidade do Direito Processual Penal na organização do Estado.

No Brasil, esse debate não foi travado em termos explícitos, embora os grandes processualistas brasileiros tenham discorrido bastante sobre o tema. Hélio Tornaghi⁴² sustentava tratar-se de meio de prova, porquanto seria meio apto para que o juiz apreendesse elementos sobre o fato e formasse sua convicção a respeito da ocorrência ou não de determinados fatos, contribuindo para a formação do livre convencimento do juiz.

É certo que Tornaghi escreveu essas linhas em 1959, época em que a Constituição era radicalmente diferente, conquanto o Código de Processo Penal já fosse o até hoje vigente, decretado pelo ditador Getúlio Vargas em 1941. Ao lado de Tornaghi, alinhavam-se autores como Romeu Pires de Campos Barros e José Frederico Marques, com obras de 1962 e 1963.

Como se depreende das palavras de Romeu Pires de Campos Barros, o paradigma da busca da verdade era a verdade real, não a verdade processual: *“Inegável é que num sistema de provas em que se procura a verdade real, o interrogatório se apresenta como a mais importante das fontes de convencimento de que o juiz poderá servir para alcançá-la”*⁴³.

Com efeito, não se poderia naquela época apontar qualquer discrepância entre a legislação infraconstitucional e a Constituição, ou entre estas e o novo paradigma internacional de proteção dos direitos humanos. No início da década de 1960, os documentos internacionais que ergueriam o direito ao silêncio como garantia fundamental (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966, e a Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969) sequer existiam. Vale

⁴² TORNAGHI, Hélio: *Instituições de Processo Penal – Volume 5*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

⁴³ BARROS, Romeu Pires de Campos: *O interrogatório do acusado e o princípio da verdade real. Estudos de Direito e Processo Penal em homenagem a Nelson Hungria*. Rio de Janeiro: Forense, 1962, p. 327

lembrar que a Convenção Européia de Direitos Humanos, de 1950, não tratara desse direito especificamente.

Naquela ocasião, também Frederico Marques assumira posição jurídico-processual na qual o acusado constitui uma fonte na qual se buscarão as provas necessárias a sua própria condenação. E se não houver provas, suas respostas servirão como “*indícios e provas circunstanciais de real valor para o veredicto final dos órgãos jurisdicionais*”:

“O interrogatório do acusado é, atualmente, meio probatório, pois que, entre as provas, o arrolou o Código de Processo Penal. (...) Consiste o interrogatório em declarações do réu resultantes de perguntas formuladas para esclarecimento do fato delituoso que se lhe atribui e de circunstâncias pertinentes a esse fato. Embora o réu preste esse ‘depoimento pessoal’ com toda a liberdade, não deixa ele de ser um meio de provocar a confissão do delito. (...)

Ao interrogar o réu, busca-se obter a confissão do crime de que ele é acusado. O inocente negará a imputação e poderá fazê-lo com absoluto êxito porque nenhum crime praticou. Ao culpado a situação se apresentará mais difícil, porque a sua negativa mentirosa o obriga a rodeios e ginásticas de dialética que acabarão por deixar vestígios e contradições que se constituirão em indícios e provas circunstanciais de real valor para o veredicto final dos órgãos jurisdicionais”⁴⁴.

É certo que mesmo naquela época já havia juristas que refutavam afirmação de que o interrogatório fosse meio de prova. Para tanto, deixavam de lado a discussão meramente dogmática e fundamentavam suas posições com base em argumentos políticos e na perspectiva histórica. Romeu Pires de Campos Barros relaciona como defensores da tese de que o interrogatório é meio exclusivamente de promoção da autodefesa juristas do porte de Bento de Faria, Edgar Costa e Jorge Alberto Romeiro⁴⁵.

Este último, por sua vez, dedicou uma monografia (apresentada à Faculdade de Direito de Niterói para habilitar o autor à inscrição na cadeira de Direito Judiciário Penal como livre docente, no longínquo ano de 1942) exclusivamente ao “interrogatório do acusado”, sustentando bravamente, ao contrário da maioria, que o referido instituto constituía meio de defesa, não de prova.

⁴⁴ MARQUES, José Frederico: *Elementos de Direito Processual Penal – Volume 2*. Campinas: Bookseller, 1997, p. 296/299.

⁴⁵ Jorge Alberto Romeiro acrescenta à lista de autores que consideram o interrogatório meio de defesa os seguintes processualistas: Francisco Luiz, Pimenta Bueno, Firmino Whitaker, João Monteiro, Galdino Siqueira e Magarino Torres (ROMEIRO, Jorge Alberto: *Considerações sobre o conceito do interrogatório do acusado*. Rio de Janeiro: Alba, 1942, p. 46).

O autor principia por discorrer sobre as leis dos povos antigos: o Código de Hamurabi (em que o acusado não era obrigado a se auto-incriminar), as Leis de Manú (segundo as quais o homem que se cala ou que mente é culpado), o direito egípcio (no qual o interrogatório é meio de prova, sendo realizado em rituais nos quais os golpes de bastão e a roda eram comuns) e, por fim o direito hebreu (que, segundo o autor, possuía o processo penal mais desenvolvido dos povos antigos e no qual o interrogatório era ato estrito da defesa).

As origens da garantia de vedação de auto-incriminação no Código de Hamurabi não são referendadas por outros estudiosos, que preferem apontar a origem hebraica do instituto. Geraldo Prado⁴⁶ pontifica que a legislação mosaica tinha por princípio, não submeter o acusado a interrogatórios ocultos e não condená-lo exclusivamente pela confissão. Também Manuel da Costa Andrade faz referência essa origem ao tratar do tema⁴⁷.

É interessante notar, como fez Romeiro, que enquanto Roma constituiu-se como República, vigorava o princípio *nemo tenetur se detegere*, significando que não se exigia a auto-incriminação do acusado. Naquela época, a tortura era admitida apenas como pena e jamais como meio de investigação. Contudo, com a mudança no regime e a ascensão do Império Romano, a tortura passou a ser largamente empregada no processo de descoberta de infrações penais⁴⁸.

Com o declínio do Império Romano e o domínio dos “bárbaros”, o interrogatório ainda manteve sua natureza como meio de prova, geralmente sobre a forma das ordálias (expressão oriunda de *ordel*, vinda de *urtheil*, juízo de Deus). A visão do interrogatório como meio privilegiado para a busca da verdade manteve-se forte durante toda a Idade Média – também chamada idade das trevas – atingindo seu ápice com os processos canônicos conduzidos durante a santa inquisição, quando a confissão era chamada de “rainha das provas”.

⁴⁶ PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas: *Sistema acusatório – a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.72.

⁴⁷ “A liberdade de declaração do argüido ganha a estrutura de um autêntico Abwehrrecht contra o Estado, vedando todas as tentativas de obtenção, por meios enganosos ou por coação, de declarações auto-incriminatórias. É precisamente nesta última dimensão, associada ao brocardo latino *nemo tenetur se ipsum accusare (ou prodere)* – que presta homenagem à lei talmúdica hebraica – que a liberdade de declaração do arguido assume mais directa relevância em matéria de proibições de prova”. (ANDRADE, Manuel da Costa: *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra editora, 1992, p. 121).

⁴⁸ Romeiro ressalva, porém, que essa utilização dependia da vontade do imperador; assim, enquanto Tibério, Domiciano e Nero a admitiram, Cláudio jurara não levar à tortura homens livres. (ROMEIRO, Jorge Alberto: *Considerações sobre o conceito do interrogatório do acusado*. Rio de Janeiro: Alba, 1942, p. 51).

“Esta forma processual, substituindo a prova real à legal, não visava a outra coisa, senão à confissão do acusado. Pesando inevitavelmente esta razão, ainda conceituado como meio de prova, o interrogatório do acusado assiste ao alvorecer da idade moderna, com seu tenebroso séquito de torturas, ocupando lugar de destaque nos diplomas legais das justiças monárquicas européias”⁴⁹.

A perspectiva histórica indica que esse conceito de interrogatório predominava nos ordenamentos jurídicos certamente graças à própria organização dos Estados. Qual o sentido de preservar a liberdade do indivíduo em um Estado absolutista? Não seria de se estranhar que as mudanças se iniciassem na Inglaterra⁵⁰, a partir de 1688 com o *Bill of Rights* – coincidindo com o estabelecimento da monarquia parlamentar e o fim dos poderes absolutos do rei.

De outro lado, Ignacio Tedesco e Tomás Ojea Quintana⁵¹ apontam que o direito de não se auto-incriminar foi uma criação jurisprudencial (que só posteriormente seria consagrada em lei) quando do julgamento do *leading case* inglês sobre o tema: o processo de John Lilburne.

O inglês John Lilburne fora acusado de trazer para Inglaterra livros sediciosos publicados na Holanda. Processado perante a *Star Chamber* entre 1637 e 1638 – tribunal de juízes estabelecidos pelo Parlamento, juntamente com a *Court of High Commission* para o julgamento de determinados crimes – Lilburne recusara-se a prestar juramento de dizer a verdade. Por sua recusa, foi multado e condenado a ser chicoteado em público.

Quando da primeira reunião do Parlamento subsequente aos fatos, em 1640, Lilburne apresentou uma petição narrando o episódio. Assim, em 4 de maio de 1641, a Câmara dos Comuns decidiu anular a sentença da *Star Chamber* por “*ilegal, contrária à liberdade individual e também sangrenta, cruel, malvada,*

⁴⁹ ROMEIRO, Jorge Alberto: *Considerações sobre o conceito do interrogatório do acusado*. Rio de Janeiro: Alba, 1942, p. 60.

⁵⁰ Embora o *Bill of Rights* date de 1688, vários estudiosos sustentam que o direito de não se auto-incriminar foi uma criação jurisprudencial.

⁵¹ En el sistema acusatorio o ‘adversarial’, el desarrollo del privilegio contra la autoincriminación comenzó a desarrollarse a partir del siglo XVII. El famoso juicio de John Lilburne en 1637 es mentado como aquel que le dio origen. Acusado de importar a Inglaterra libros subversivos desde Holanda, y luego de traición a la patria, Lilburne rehusó presentarse a testimoniar bajo juramento, obligación que el procedimiento imponía, conforme el Derecho consuetudinario vigente. Fue encarcelado y maltratado, pero finalmente fue absuelto por el Parlamento. A partir de este caso, las cortes comenzaron a modificar la jurisprudencia que obligaba a todo acusado a brindar testimonio bajo juramento, mediante la recepción de la máxima latina *nemo tenetur se ipsum prodere* (nadie está obligado a acusarse a si mismo)” (QUINTANA, Tomás Ojea: *El privilegio contra la autoincriminación: reflexiones acerca de dos sistemas distintos de procedimiento criminal (adversarial y no adversarial)*. Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal n° 9. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004, p. 255).

bárbara e tirânica”. A decisão foi mantida pela Câmara dos Lordes, em 13 de fevereiro de 1645, que decidiu indenizar Lilburne, bem como declará-lo “*absolutamente livre e totalmente absolvido da referida sentença e de todos os procedimentos que dela derivem, tão inteira e amplamente como se nunca tivessem existido*”⁵².

Todavia, há discordância e aponta outras versões para o ressurgimento dessa garantia na Inglaterra. Vânia Costa Ramos sustenta que a garantia de direito ao silêncio efetivou-se somente quando da edição de duas leis. A primeira, em 1836, assegurava o direito do indivíduo de ser defendido por advogado – transformando-o em sujeito processual, e não mais em objeto do processo – e a segunda, em 1848, previa a obrigação de que os juízes informasse aos acusados sobre a existência do direito de ficar em silêncio⁵³.

No restante do continente, a vedação de auto-incriminação precisou enfrentar a tradição eclesiástica de exigir juramento dos acusados, ou de obtê-la por outros meios. A mudança iniciou-se no século XVIII, no bojo do movimento iluminista de reação ao obscurantismo⁵⁴. A grande obra de Cesare Beccaria, publicada na Itália em 1794, preconizava:

⁵² TEDESCO, Ignácio F.: *La libertad de la declaración del imputado: un análisis histórico-comparado*. HENDLER, Edmundo (Org.): *Las garantías penales e procesales – enfoque histórico-comparado*. Buenos Aires: Del Porto, 2001, p. 36/38.

⁵³ “O direito ao silêncio e o privilégio contra a autoincriminação adquiriram a sua forma moderna em Inglaterra. Após a Magna Charta (1215) – e durante o longo processo de mudanças que a sucede, visando a instauração de um sistema processual acusatório – a liberdade de declaração vai sendo gradualmente reconhecida, até se converter em princípio da *common law*. (...) Tal significa que o princípio, no fim do séc. XVII (e até ao séc. XIX), se encontrava estabelecido em abstracto e era utilizado como figura argumentativa mas, na realidade processual, o arguido continuava obrigado a declarar com verdade perante o Juiz de Instrução (Juiz das Liberdades) e podia ser interrogado como testemunha em audiência. O que contribuiu para a implementação real do *nemo tenetur* foi o direito a ser assistido por um advogado, Com a crescente participação do advogado no processo a estrutura deste modificou-se. O acusador passa a confrontar-se com o advogado e não com o arguido. Isto vai possibilitar uma defesa em que o arguido não tem de se tornar um meio de prova. Este direito passou a ser garantido por lei em 1836 (*Act of enabling persons indicted of Felony to make their defence by Counsel or Attorney*) e abriu caminho ao verdadeiro direito ao silêncio do arguido, que podia calar porque outro falaria por ele. Finalmente em 1848 foi criada a obrigação para o juiz das liberdades de informar o arguido do seu direito ao silêncio. Deste modo, com o estabelecimento do direito à assistência de um advogado e do direito ao silêncio tornou-se possível separar a função do arguido como meio de prova da sua posição como parte no processo”. (RAMOS, Vânia Costa: *Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova*. Revista do Ministério Público, nº 108. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2006, p. 137/138).

⁵⁴ “Nos processos inquisitivos da Idade Média ou, ainda hoje, em Estados totalitários, a compreensão [cênica dos participantes no processo] se dá basicamente sem a participação do acusado. O inquirido é visto pelo inquiridor como objeto de investigação e não como participante de um processo de comunicação recíproca. A elucidação da verdade é assumida como um objetivo absoluto que exclui a participação do acusado na compreensão cênica. A possibilidade de participação do acusado no procedimento é uma demanda com raízes nas idéias liberais e

“Contradição entre as leis e o sentimento natural do homem nasce dos juramentos que se exigem do réu, para que seja verdadeiro, quando tem o máximo interesse em seu falso. Como se o homem pudesse jurar sinceramente quando contribui para a própria destruição. (...) Quanto são inúteis os juramentos, a experiência já o demonstrou, e qualquer juiz poderá ser testemunha que juramento algum jamais fez o réu dizer a verdade”⁵⁵.

Com a grande repercussão do livro de Beccaria, muitas nações aboliram de seus práticas judiciárias a tortura como meio de obtenção da verdade pela boca do acusado. Narra Romeiro, ainda, que o Código de Processo Criminal do Império do Brasil, datado de 1832, foi influenciado pelo espírito liberal das reformas iluministas que tiveram lugar na Europa durante o século XVIII e, por essa razão, conceituava o interrogatório como meio de defesa⁵⁶.

A primeira legislação republicana sobre o tema, o Decreto nº 848, de 1890, que instituiu regras gerais sobre processo penal – já que cabia aos estados federados a edição de leis sobre a matéria – também incorporava o princípio da inviolabilidade da defesa.

“No empenho de rodear das mais sólidas garantias a liberdade individual e de assegurar a imparcialidade do julgamento, entre as providências mais salutares ficou estabelecido um limite para o interrogatório dos acusados. Com efeito, nada pode ser mais prejudicial à causa da justiça do que este duelo pungente de argúcias e sutilezas, de subterfúgios e ciladas, que comumente se vê travado, em pleno tribunal, entre o juiz e o acusado, e em que, não raro, aquele que deveria ser o órgão circunspeto e severo da austera majestade da lei tem, no entanto, como o mais apetezido triunfo, a confissão do acusado, extorquida à força de uma sagacidade criminosa”⁵⁷.

É certo que a legislação sofreu radical transformação com a edição do Código de Processo Penal de 1941, vigente até hoje. Não obstante, embora fosse

democráticas da filosofia política e jurídica do Iluminismo Trata-se de uma extensão ao imputado do status de cidadão: daquele que deixa a sua condição passiva de súdito para converter-se em um cidadão ativo com possibilidades de controle sobre as decisões estatais de seu interesse” (NETO, Theodomiro Dias: *O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 19. São Paulo: RT, 1997, p. 183).

⁵⁵ BECCARIA, Cesare: *Dos delitos e das penas*. Tradução de J. Cretella Jr. São Paulo: RT, 1996.

⁵⁶ Como também o fizeram o Código de Processo Criminal alemão, de 1877; o Código de Processo Penal da Hungria, de 1896; a Lei de 8 de dezembro de 1897, na França; e o Código de Processo Penal italiano de 1913. (ROMEIRO, Jorge Alberto: *Considerações sobre o conceito do interrogatório do acusado*. Rio de Janeiro: Alba, 1942, p. 49)

⁵⁷ Texto do Ministro Campos Sales na Exposição de Motivos do Decreto nº 848, de 11/10/1890, *apud* TOURINHO FILHO, Fernando da Costa: *Processo Penal – Volume 2*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 265/266.

objetivo declarado do legislador transformar o interrogatório em meio de prova⁵⁸, houve quem se insurgisse contra a pretensão de retroceder na garantia da inviolabilidade do depoimento do acusado⁵⁹.

Em 1942, Jorge Alberto Romeiro sustentava que a natureza jurídica do interrogatório não deveria ser desvirtuada, permanecendo como meio de defesa. O mesmo autor defendia, ainda, a incorporação, pelo sistema, de outros direitos do acusado, tais como:

- (a) a obrigação do magistrado de dar ciência ao réu do inteiro teor da acusação que pesa sobre o interrogando;
- (b) a proibição de qualquer comportamento, moral ou físico, que interfira na livre disposição do réu de fazer suas declarações;
- (c) a assistência obrigatória de advogado ao interrogando, mesmo reconhecido o caráter de ato pessoal do interrogatório; e, por fim;
- (d) figurar o interrogatório como ato final, e não inicial do processo.

Mas, verdade seja dita, esse modelo de interrogatório defendido por Romeiro não era o mais adequado ao tipo de Estado que perdurou até 1946, e no período entre 1964 e 1988.

O advento de uma nova ordem constitucional, no bojo da qual os direitos individuais foram alçados à condição de legitimidade do sistema político, levou os juristas a proclamar o retorno do paradigma anterior (como fez Celso Ribeiro Bastos⁶⁰), e rever suas posições (caso de Fernando da Costa Tourinho Filho⁶¹).

⁵⁸ “O projeto abandonou radicalmente o sistema chamado da certeza legal. Atribui ao juiz a faculdade de iniciativa de provas, complementares ou supletivas, quer no curso da instrução criminal, quer a final, antes de proferir a sentença. (...) Outra inovação em matéria de prova diz respeito ao interrogatório do acusado. Embora mantido o princípio de que *nemo tenetur se detegere* (não estando o acusado na estrita obrigação de responder o que se lhe pergunta), já não será esse termo do processo, como atualmente, uma série de perguntas predeterminadas, sacramentais, a que o acusado dá as respostas de antemão estudadas, para não comprometer-se, mas uma franca oportunidade de obtenção de prova”. Texto do Ministro Francisco Campos na Exposição de Motivos do Decreto-Lei nº 3.689/1941, publicada no DOU em 13/10/1941. O Código de Processo Penal de 1941 não foi votado pelo Congresso Nacional, mas tornado lei por Getúlio Vargas que, na época, chefiava a ditadura do Estado Novo.

⁵⁹ Observa David Teixeira de Azevedo: “A visão distorcida do interrogatório levou parte da doutrina até mesmo a afirmar ser ele, no processo penal, instrumento de obtenção da confissão do réu: serviria o interrogatório como meio de prova especialmente pela confissão do acusado, pondo-se o silêncio nessa mesma linha de desdobramento”. AZEVEDO, David Teixeira de: *Atualidades no Direito e Processo Penal*. São Paulo: Método, 2001, p. 139.

⁶⁰ “o inc. LXIII significa um retorno à tradição de máximo respeito à inviolabilidade do direito de defesa do ordenamento processual penal brasileiro (cf. Código Processual do Distrito Federal, art.

Outros, viram reconhecida na Constituição sua posição doutrinária, agora transformada em cláusula pétrea (casos de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes⁶² e Adauto Suannes⁶³). Contudo, houve também quem ainda pretendesse sustentar o entendimento anterior mesmo depois da nova Constituição (caso de Louri Geraldo Barbiero⁶⁴).

Portanto, resta demonstrada a influência que o interrogatório do acusado exerce na conformação de um sistema de processo penal relativamente à obrigação do réu de colaborar com a investigação cujo objetivo é incriminá-lo. A existência, ou não, dessa obrigação está diretamente relacionada à finalidade do Direito Processual Penal.

Em grandes linhas, é possível diferenciar dois grandes modelos de Direito Processual Penal, os quais se organizam a partir de sistemas distintos. O primeiro modelo ideal de Direito Processual Penal o define como um instrumento para a persecução penal.

A finalidade do Direito Processual Penal, nessa concepção, é dispor sobre normas que viabilizem a atuação do Estado em face do indivíduo sobre o qual pese algum tipo de acusação ou suspeita da prática de crime. Esse modelo é

296), descaracterizado pelo cunho autoritário que foi impresso ao Decreto-Lei nº 3.689/1941 (Código de Processo Penal)” BASTOS, Celso Ribeiro: *Comentários à Constituição do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988 – Volume 2*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 296.

⁶¹ “Sempre pensamos, em face da sua posição topográfica, fosse o interrogatório, também, meio de prova. E como tal era e é considerado. Meditando sobre o assunto – principalmente agora que a Constituição, no art. 5º, inc. LXIII, reconheceu o direito ao silêncio – chegamos a conclusão de ser ele, apenas, um meio de defesa”. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa: *Processo Penal – Volume 2*. São Paulo: Saraiva, 1998, pp. 264).

⁶² “É certo que, por intermédio do interrogatório – *rectius*, das declarações espontâneas do acusado submetido a interrogatório – o juiz pode tomar conhecimento de notícias e elementos úteis para a descoberta da verdade. Mas não é para esta finalidade que o interrogatório está pré-ordenado. Pode constituir fonte de prova, mas não meio de prova: não está ordenado *ad veritatem quaerendam*”. (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; Fernandes, Antonio Scarance: *As nulidades no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2007, p. 79)

⁶³ SUANNES, Adauto Alonso: *Código penal versus Constituição*. Justiça e Cidadania nº 2. São Paulo: Associação Juízes para a democracia, 1997, pp. 235/240.

⁶⁴ “Sendo meio de prova, cabe ao juiz apreciá-lo em conjunto com as demais provas colhidas. Mesmo porque ‘o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova’ (art. 157, do CPP), isto é, em face do conjunto probatório. (...) Como critério para a valoração do silêncio, aplicável, por força do art. 3º do CPP a regra do art. 335 do CPC: ‘Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece’. A experiência diária tem demonstrado que a reação normal do inocente é bradar contra a acusação injusta e não se reservar para oferecer explicações apenas perante o juízo. Essa posição é própria de quem necessita de uma estratégia para oferecer resistência ao pleito ministerial”. (BARBIERO, Louri G.: *O direito constitucional do réu ao silêncio e suas consequências*. Cidadania e Justiça nº 3. São Paulo: Associação Juízes para a democracia, 1998, pp. 215/222).

orientado pelos princípios da eficiência, informalidade e da segurança, bem como pela prevalência dos interesses estatais em detrimento dos interesses individuais.

Associado a esse modelo está o sistema inquisitório, em que se concentram em um único órgão as funções de investigar, acusar e julgar – órgão que se denomina inquisidor – cabendo ao indivíduo o papel de objeto da investigação ou do processo. No sistema inquisitório, o interrogatório constitui um meio de prova, ou seja, uma das formas pelas quais os inquisidores alcançarão a verdade dos fatos⁶⁵.

As experiências inquisitórias da história não se resumem aos tribunais eclesiásticos católicos que perduraram durante a idade média e moderna, embora tenham sido esses os exemplos mais difundidos do modelo inquisitório de processo penal. Por ocasião da formação dos Estados nacionais na Europa o modelo inquisitório foi copiado para a jurisdição laica, mesmo porque se amoldava perfeitamente à concentração do poder absoluto no governante.

Em nome da busca da verdade, muitos ordenamentos previam inclusive a tortura física do investigado ou acusado; afinal, conforme fosse a nuance desse modelo ideal, o réu tinha a obrigação, o dever⁶⁶ ou o ônus⁶⁷ de dizer a verdade.

Esse modelo processual penal encontra defensores até hoje, cujos argumentos a favor da brutalização da autonomia individual em nome do “combate ao crime” vêm travestidos sob a roupagem do ideal de segurança como valor fundamental, a supremacia do bem comum sobre os direitos individuais e aos apelos a regras de exceção. É nesse contexto que os direitos e garantias fundamentais são apresentados como causas impeditivas ao funcionamento eficiente do sistema.

⁶⁵ “Infelizmente, o processo penal ainda não deixou de ser um ritual de degradação do *status* social do indivíduo e a humilhação do acusado subsiste como elemento importante e pouco custoso dos mecanismos de repressão; essa dolorosa constatação parece mais reforçada nos domínios da prova, pois a tentação de buscar-se o conhecimento dos fatos através de seu principal protagonista (se culpado) é muito grande; a confissão efetivamente é a *rainha das provas*: no processo acusatório representa um golpe que é a derrota para o réu; na técnica da inquisição, constitui uma liberação para o investigador. O recurso ao saber do acusado, como fonte de prova, talvez seja o ponto de maior distanciamento entre os dois sistemas probatórios contemporâneos”. (GOMES FILHO, Antônio Magalhães: *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997, p. 98).

⁶⁶ O dever de dizer a verdade difere da obrigação de dizer a verdade porque esta considera que o interesse punitivo deve prevalecer sobre a defesa, inclusive para o próprio réu, ao passo que aquele considerava a pena um bem para o réu, sendo o dever de dizer a verdade instituído em favor do próprio réu.

⁶⁷ Este difere dos demais porque transforma o silêncio em prova por presunção, cabendo ao réu produzir provas que afastem a culpa decorrente de ter se reservado em silêncio.

“No contexto da emergência, onde a busca da verdade material aparece como uma meta esgotada em si mesma, dando margem a toda sorte de subjetivismo judicial (o que significa a abertura da possibilidade do arbítrio estatal, desprezada a figura humana do juiz), dificultada fica a compreensão da lição de Hassemer, quando adverte que apenas um processo penal aplicado com estrito respeito às suas normas e com garantias enraizadas profundamente na consciência dos cidadãos pode impedir que a apuração do caso penal signifique também vulneração da lei”⁶⁸.

Oposto a esse modelo está o sistema acusatório, em que o réu passa a ser um sujeito na relação processual, em igualdade de condições com a parte acusatória, a qual não se confunde mais com o órgão encarregado do julgamento.

Os princípios acusatórios de separação das funções no processo, de contraditório (significando a possibilidade jurídica do réu propor provas e questionar aquelas produzidas pela acusação) e de defesa, dentre outros. Embora haja exemplos⁶⁹ de sistemas acusatórios anteriores ao século XVIII, foi o movimento iluminista que consolidou os ideais humanistas que moldam o sistema acusatório.

Nesse contexto, o objetivo do Direito Processual Penal mantém como finalidade a persecução penal, mas incorpora como premissa fundamental que essa persecução seja realizada de forma a proteger a liberdade jurídica do indivíduo em face do exercício de poderes arbitrários⁷⁰.

Ao invés de buscar-se a condenação de todos os culpados, ainda que à custa de uns poucos inocentes, o objetivo do Direito Processual Penal é impedir a condenação de qualquer inocente, mesmo que isso signifique não punir alguns culpados em face dos quais não se logrou reunir provas suficientes. E essa lógica reflete na busca da prova: sejam os indivíduos culpados ou inocentes, esse modelo

⁶⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan: *Processo penal de emergência. Rio de Janeiro*: Lumen Juris, 2002, p. 62.

⁶⁹ Ada Pellegrini Grinover relaciona como ordenamentos processuais penais de natureza (ou com elementos) acusatória as reformas legislativas realizadas em Portugal (Cortes Gerais D’Elvas), o código de ordenança francês de 1359 e o Código Carolíneo adotado na Alemanha no ano de 1532 (GRINOVER, Ada Pellegrini: *Interrogatório do réu e direito ao silêncio*. Ciência Penal, ano 3, volume 1. São Paulo: Editora Convívio, 1976).

⁷⁰ “O Estado incorpora, em certo sentido, a defesa dos direitos humanos em seu próprio poder, ao definir-se o poder do Estado como o poder defensor dos direitos humanos. Todavia, adverte Kriele, ‘sem divisão de poderes e em especial sem independência judicial isto não passará de uma declaração de intenções’. É que, explicita Kriele, ‘os direitos humanos somente podem ser realizados quando limitam o poder do Estado, quando o poder estatal está baseado na entrada em uma ordem jurídica que inclui a defesa dos direitos humanos’ (KRIELE, Martín. *Introducción a la Teoría del Estado*, cit. p.150)” Trecho da decisão monocrática do relator, Ministro Gilmar Mendes, na Medida Cautelar no Habeas Corpus nº 91.514-1/BA, ainda sem julgamento colegiado pelo Supremo Tribunal Federal.

processual penal não lhes retira a proteção jurídica da dignidade, humanidade e lhes assegura o direito de defesa.

Ora, o direito de defesa, a liberdade e a dignidade do indivíduo são ameaçadas quando o indivíduo é transformado em meio de prova contra si próprio ou em mero objeto da atividade estatal persecutória. A proteção completa da liberdade individual de cada cidadão só é assegurada quando se reconhece ao indivíduo um direito completo ao silêncio no processo penal, quando é assegurada uma área intocável de liberdade humana.

Por essa razão, em um sistema punitivo adequado aos ideais de um estado democrático de direito, o interrogatório deixa de ser um meio de prova para transformar-se em meio de defesa, mais especificamente de autodefesa, permitindo ao indivíduo escolher entre colaborar com a ação do Estado com vistas a puni-lo, ou reservar-se e não se auto-incriminar. A tortura como meio de investigação dá lugar ao silêncio como meio de defesa. A obtenção da verdade já não é o objetivo mais importante, já que se garante ao indivíduo que se oponha a essa busca por meio da sua recusa em responder às perguntas de seu interrogatório.

4.3

Conclusões parciais

No presente capítulo foram estabelecidas três premissas. A primeira premissa diz respeito ao reconhecimento de conteúdos substanciais – escolhas valorativas – como componentes indissociáveis da forma de organização democrática de um Estado. Nesse panorama, nem mesmo a deliberação da maioria (nem sequer da totalidade) dos membros de uma determinada comunidade pode abdicar de determinadas garantias, sob pena dos pressupostos para o funcionamento de uma democracia deixarem de existir.

Em outras palavras, a democracia pressupõe, além do respeito à forma democrática de deliberação das decisões que regem uma sociedade, o reconhecimento e proteção de determinados direitos – conceito de democracia constitucional.

A segunda premissa estabelece a existência de elementos essenciais para a adequação de um sistema punitivo a um Estado democrático. Para sustentar essa

premissa, manejou-se a teoria garantista de Luigi Ferrajoli no ponto em que constrói três eixos de articulação entre a teoria penal e processual penal e o Estado democrático de direito.

O primeiro eixo dessa segunda premissa constitui a opção pela busca da verdade processual em oposição à verdade real. Afinal, enquanto a primeira opção significa a coleta da prova durante o processo com observância de regras pré-estabelecidas (e sua inadmissibilidade em caso de violação dessas regras), a segunda abordagem pretende obter uma verdade jurídica objetiva e absoluta, admitindo a utilização de quaisquer meios aptos para que seja alcançada, ultrapassando os limites das regras procedimentais, fazendo com que os fins justifiquem os meios

O segundo eixo dessa segunda premissa está representado pela justificativa ético-política da qualidade, quantidade e necessidade da intervenção do poder sobre a liberdade. É com base nessa justificativa que se construiu um sistema de garantias tanto no âmbito penal (princípios da retributividade, legalidade, necessidade, lesividade do fato, materialidade, culpabilidade) como no âmbito processual penal (princípios da jurisdicionalidade, separação entre juiz e acusação, ônus da prova, contraditório e defesa).

Por fim, o terceiro eixo dessa segunda premissa diz respeito às regras de invalidade do plano normativo a partir de considerações valorativas, consideradas exigências de coerência interna do sistema penal positivo, por um lado, e da adequação da relação entre legislação infraconstitucional e os princípios normativos superiores, de outro lado.

Nesse contexto é que se compreende o ativismo judicial na construção de significados essenciais à função de proteção do indivíduo pelo direito, assim como o ativismo judicial na declaração de inconstitucionalidade de dispositivos de lei infraconstitucional incompatíveis com as garantias construídas no segundo eixo.

Em suma, pode-se afirmar que as premissas anteriores assentam que um Estado democrático de direito é aquele cujo objetivo maior é a realização e proteção dos direitos humanos. Nesse sentido, são pertinentes as palavras do Ministro Gilmar Mendes:

“A Constituição Federal de 1988 atribuiu significado ímpar aos direitos individuais. Já a colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional denota a intenção do constituinte de emprestar-lhes significado especial. A amplitude conferida ao texto, que se desdobra em setenta e oito incisos e quatro parágrafos (CF, art. 5º), reforça a impressão sobre a posição de destaque que o constituinte quis outorgar a esses direitos. A idéia de que os direitos individuais devem ter eficácia imediata ressalta, portanto, a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardar-lhes estrita observância.

O constituinte reconheceu ainda que os direitos fundamentais são elementos integrantes da *identidade* e da *continuidade* da Constituição, considerando, por isso, ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-los (art. 60, § 4º). A complexidade do sistema de direitos fundamentais recomenda, por conseguinte, que se evitem esforços no sentido de precisar os elementos essenciais dessa categoria de direitos, em especial no que concerne à identificação dos âmbitos de proteção e à imposição de restrições ou limitações legais.

E no que se refere aos direitos de caráter penal, processual e processual-penal, talvez não haja qualquer exagero na constatação de que esses direitos cumprem um papel fundamental na concretização do moderno Estado democrático de direito”⁷¹ (grifou-se).

Finalmente, a terceira premissa sustenta o papel central da garantia de vedação de auto-incriminação na definição de um modelo de sistema processual penal adequado ao sistema punitivo de um Estado democrático de direito.

Nesse sentido, quando se estrutura um sistema processual penal, o ponto principal dirá respeito aos limites postos à busca da verdade. Se se resiste à tentação autoritária de buscar o conhecimento dos fatos e a prova do crime por meio do indivíduo acusado no processo, o homem é reduzido à condição de objeto dos processos e ações estatais, deixando em segundo plano a proteção de vários direitos ligados à dignidade humana (como a intimidade, a proteção contra humilhações, etc.).

De outro lado, se a liberdade do indivíduo é anteposta aos interesses repressivos, tomando-se a garantia de não se auto-incriminar como barreira intransponível na instrução probatória por parte da acusação, o sistema resultante será fundamentalmente garantista e, por isso, intimamente conectado aos pressupostos que estruturam o Estado democrático de direito.

É o reconhecimento de que não se pode exigir do indivíduo que seu comprometimento com a busca da verdade e a realização da justiça penal pelo

⁷¹ Trecho da decisão monocrática do relator, Ministro Gilmar Mendes, na Medida Cautelar no Habeas Corpus nº 91.514-1/BA, ainda sem julgamento colegiado pelo Supremo Tribunal Federal.

Estado, em nome de um bem jurídico individual ou coletivo afetado, seja maior do que o comprometimento que tem consigo mesmo. Não obstante a confissão seja admirável do ponto de vista de uma certa moral, e o Direito Penal inclusive a considere uma circunstância atenuante na fixação da pena⁷², não há que se exigir que o compromisso moral do indivíduo com uma visão coletiva de sociedade ultrapasse o senso de autodefesa que se manifesta em situações como essa.

Ademais, não respeitar a garantia da vedação de auto-incriminação significa transformar a confissão em obrigação do indivíduo e, portanto, dever do Estado garantir seu cumprimento.

Se o réu tiver o dever de confessar e não o fizer, o Estado poderá puni-lo (em apartado da pena aplicável ao próprio crime que originou o processo) ou mesmo buscar meios mais ou menos invasivos para obter essa informação, de que são exemplos a tortura, o soro da verdade e inúmeros outros métodos.

Ao estabelecer que o indivíduo tem um dever para consigo mesmo que supera o dever que tem para com a justiça penal; ao estabelecer que a dignidade humana não comporta a instrumentalização do indivíduo como fonte de prova prejudicial a si mesmo; ao estabelecer que o cidadão não precisa auto-incriminar-se, um determinado sistema punitivo torna-se adequado ao Estado democrático de direito, ao passo que se não o faz, será possível afirmar que se trata de um sistema punitivo de um Estado totalitário⁷³.

⁷² Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (...) III - ter o agente: (...) d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime.

⁷³ “Ademais, o direito ao silêncio, que assegura a não-produção de prova contra si mesmo, constitui pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais e materializa uma das expressões do princípio da dignidade da pessoa humana”. Trecho da decisão monocrática do relator, Ministro Gilmar Mendes, na Medida Cautelar no Habeas Corpus nº 91.514-1/BA, ainda sem julgamento colegiado pelo Supremo Tribunal Federal.