



Bernardo Carvalho de Mello

Princípio *nemo tenetur se detegere*:

vedação à autoincriminação e direito ao silêncio na ordem processual penal constitucional

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito à Pontifícia Universidade Católica do Rio De Janeiro (PUC-Rio).

Orientador: Prof.: João Ricardo Wanderley Dornelles

Rio de Janeiro
Abril de 2018



Bernardo Carvalho de Mello

Princípio *nemo tenetur se detegere*:

vedação à autoincriminação e direito ao silêncio na ordem processual penal constitucional

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito à Pontifícia Universidade Católica do Rio De Janeiro (PUC-Rio). Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. João Ricardo W Wanderley Dornelles
Orientador
Departamento de Direito - PUC-Rio

**Prof.^a Victória-Amália de Barros Carvalho
Gozdawa de Sulocki**
Departamento de Direito - PUC-Rio

**Prof. Pedro Cláudio Cunha Brando
Bocayuva**
UFRJ

Prof. Augusto César Pinheiro da Silva
Vice-Decano Setorial de Pós-Graduação
do Centro de Ciências Sociais - PUC-Rio

Rio de Janeiro, 9 de abril de 2018

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem a autorização da universidade, do autor e do orientador.

Bernardo Carvalho de Mello

Graduou-se em Direito pela UNESA (Universidade Estácio de Sá) em 2016. Participou de cursos de extensão no exterior na universidade de Fordham-NY (EUA) e na Académie de Droit international de La Haye (Holanda) e, também, no Brasil, na FGV (Direito Societário) e SATeducacional (Direito da energia e sustentabilidade).

Ficha Catalográfica

Mello, Bernardo Carvalho de

Princípio *nemo tenetur se detegere*: vedação à autoincriminação e direito ao silêncio na ordem processual penal constitucional / Bernardo Carvalho de Mello ; orientador: João Ricardo W. Dornelles. – 2018.

297 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado)–Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2018.
Inclui bibliografia

1. Direito – Teses. 2. Princípio *nemo tenetur se detegere*. 3. Vedação à autoincriminação. 4. Direito ao silêncio. 5. Criminologia. 6. Direito penal do inimigo. I. Dornelles, João Ricardo Wanderley. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Dedico essa árdua pesquisa às grandes mulheres da minha vida: minha mãe, minha tia-avó e minha tia- madrinha.

À minha tia-avó Maria Dulce, por ser minha melhor e maior amiga, pelo infinito e grandioso amor que me deu durante toda a vida, pela admiração por sua linda trajetória de vida, por me ajudar a ser quem eu sou em todos os sentidos; enfim, pelo encontro de almas que temos e que jamais haverei novamente.

À minha mãe Marisa, por todo o apoio que me deu, por sempre acreditar em mim, pela presença constante e indispensável em minha vida e por ser o maior exemplo de caráter e fortaleza que já tive.

À minha tia-madrinha Cecília, que me ensinou não só a ler e a escrever, mas me transmitiu o amor à leitura. Minha verdadeira Sherazade, que leu para mim, quando bem pequeno, toda a mitologia grega, os contos dos irmãos Grimm, de Perrault e Hans Christian Andersen, moldando, assim, minha personalidade intelectual.

Ao meu primo-irmão Breno, minha tia Dalila e ao meu lindo sobrinho João Manoel, por serem bálsamos a todo momento.

Aos meus avós (in memoriam) Manoel e Mariza pela presença mesmo na sentida ausência.

Agradecimentos

Primeiramente, à minha família, por todo o apoio, por serem meu sustentáculo nas tempestades e por todo o amor que alguém poderia desejar receber.

Ao meu orientador Professor João Ricardo Dornelles pelo apoio e incentivo à presente pesquisa.

Ao CAPES e à PUC-Rio, pelos auxílios concedidos, sem os quais este trabalho não poderia ter sido realizado.

À professora Victoria Sulocki por me encaminhar nos temas aqui trabalhados, em especial no tocante à delação premiada.

A todo o departamento da Pós-graduação, notadamente, à Carmen e ao Anderson por serem prestimosos em todas as necessidades minhas e de todos os muitos alunos que passam pelo Mestrado e Doutorado.

Aos meus colegas da PUC-Rio.

Aos excepcionais professores que participaram da Comissão examinadora.

Por fim, agradeço aos ensinamentos recebidos de todos professores que tive durante o curso de Mestrado, em especial, ao Professor José Ribas Vieira, à Professora Caitlin Mulholland e ao Professor Carlos Plastino.

Resumo

Mello, Bernardo Carvalho de; Dornelles, João Ricardo W. **Princípio nemo tenetur se detegere : vedação à autoincriminação e direito ao silêncio na ordem processual penal constitucional**. Rio de Janeiro, 2018. 297p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

O princípio *nemo tenetur se detegere*, em seu duplo aspecto vedação à autoincriminação e direito ao silêncio, é uma conquista civilizatória das sociedades democráticas. A importância do princípio, muitas vezes não explicitada nas discussões sobre a constitucionalidade dos institutos e leis, é de tamanha monta que, conjuntamente com o princípio da presunção de inocência, forma a base axiológica de todo o sistema processual penal democrático. Contudo, o poder Estatal, diante do apelo popular e em resposta aos altos índices de criminalidade e episódios notórios de corrupção no Brasil tem, nos últimos tempos, a partir de uma continuidade cronológica de legislações, relativizado ou erodido os sustentáculos do princípio *nemo tenetur se detegere*. Tal postura Estatal consubstancia o que na criminologia se denomina de “direito penal do inimigo”, que servirá de substrato teórico para explicar o porquê do fenômeno de hipercriminalização e recrudescimento Estatal. A pesquisa visa, portanto, reafirmar o valor do *nemo tenetur se detegere*, acentuando os casos em que está a sofrer ataques e oferecer, a partir de pesquisa doutrinária e da análise jurisprudencial nacional e estrangeira, possíveis salvaguardas ao princípio com vistas a garantir que o processo penal brasileiro continue a respeitar os direitos individuais inerentes a uma ordem constitucional de fato e não meramente de direito.

Palavras-chave

Princípio *nemo tenetur se detegere*; vedação à autoincriminação; direito ao silêncio; criminologia; direito penal do inimigo; colaboração premiada.

Abstract

Mello, Bernardo Carvalho de; Dornelles, João Ricardo W. (Advisor). **Nemo tenetur se detegere principle: privilege against self-incrimination and right to silence in the constitutional criminal procedural order.** Rio de Janeiro, 2018. 297p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

The principle *nemo tenetur se detegere*, in its double aspect privilege against self-incrimination and right to silence, is a civilizational conquest of democratic societies. The importance of this principle, which is often not made explicit in the discussions on the constitutionality of institutes and laws, is so significant that, together with the principle of presumption of innocence, forms the axiological basis of the entire democratic criminal procedural system. However, the State power, in the face of popular appeal and in response to high crime rates and notorious episodes of corruption in Brazil, has recently, from a chronological continuity of legislation, relativized or eroded the pillars of the *nemo tenetur se detegere* principle. This state posture consubstantiates what in criminology is called the "criminal law of the enemy", which will serve as a theoretical substrate to explain the phenomenon of hypercriminalization and State recrudescence. The aim of the research is to reaffirm the value of the *nemo tenetur*, to highlight the cases in which it is under attack and to offer possible safeguards to the principle, based on jurisprudencial research and national and foreign case analysis, with a view to ensuring that the Brazilian criminal proceeding continues to respect the individual rights inherent in a constitutional order of fact and not merely law.

Keywords

Nemo tenetur se detegere principle; privilege against self-incrimination; right to silence; criminology; criminal law of the enemy; plea bargaining.

Sumário

1. Introdução	12
2. O Fenômeno de Recrudescimento do Estado: Buscando explicações na criminologia crítica	17
2.1. Características da progressiva atuação repressiva do Estado	19
2.1.1. Restrição do direito penal à tutela dos direitos individuais	26
2.1.2. Teoria do direito penal do risco	38
2.1.3. Via intermediária: dogmática criminal dualista	44
2.2. Direito penal do inimigo: fórmula de combate aos indivíduos “perigosos”	50
2.2.1. A concepção de inimigo	51
2.2.2. Características do direito penal do inimigo	58
2.2.3. Embasamento filosófico do direito penal do inimigo	62
2.3. Princípios e direitos sob ataque: função do direito no combate ao crime	68
2.4. Papel da mídia e sua influência no processo penal	84
3. Consagração do princípio <i>nemo tenetur se detegere</i> como direito fundamental	94
3.1. Retrospecto Histórico	95
3.1.1. Europa Continental	96
3.1.2. Inglaterra	94
3.1.3. Estados Unidos da América	111
3.2. O princípio da não autoincriminação como direito fundamental	115
4. Do Direito ao Silêncio	122

4.1. Âmbito de incidência	124
4.2 Direito ao silêncio no interrogatório	128
4.2.1. Natureza jurídica do interrogatório	128
4.2.2. Disciplina do interrogatório	132
4.2.3. Métodos proibidos de interrogatório	135
4.2.4. Extensão do direito ao silêncio no interrogatório	140
4.2.5 Condução coercitiva	146
4.3. Acareação	148
4.4. Dever de instrução do direito ao silêncio	149
4.5. Consequências do silêncio	154
4.6. Direito à mentira	166
5. Do direito de não produzir provas contra si mesmo	172
5.1. Panorama Do Direito Comparado	173
5.1.1 Estados Unidos da América	173
5.1.2. Corte Europeia de Direitos Humanos	177
5.1.3. Inglaterra	181
5.1.4. Portugal	184
5.1.5. Espanha	186
5.1.6. Alemanha	189
5.1.7. Itália	190
5.2. O direito de não produzir provas contra si mesmo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	193
5.3. Fundamentos do direito de não produzir provas contra si mesmo na ordem constitucional brasileira	197
6. Colaboração premiada à luz da Constituição Federal de 1988	212
6.1. Colaboração premiada em conceito	213
6.1.1. Breve excursão histórico da colaboração premiada	214
6.1.2. Definição de colaboração premiada	231
6.2. Análise constitucional da colaboração premiada brasileira	236

6.2.1. Argumentos favoráveis	237
6.2.2. Argumentos contrários	248
6.3. A inconstitucionalidade da colaboração no contexto do direito penal do inimigo: vale tudo na persecução penal?	265
7. Conclusão	270
8. Referências bibliográficas	275

Raramente a verdade é pura e nunca é simples.
Oscar Wilde

*O deusito da terra está na mesma:
parvo como ab initio. Melhor fora
(digo eu cá) não lhe teres infundido
o raio dessa luz, que lá se chama
Razão, e que na prática só presta
para o tornar mais bruto que os mais brutos.*
Johann Wolfgang von Goethe

*Quien esconde por miedo su opinión, y como un
crimen la oculta en el fondo del pecho, y con su
ocultación favorece a los tiranos, es tan cobarde
como el que en lo recio del combate vuelve grupas y
abandona la lanza al enemigo.*
José Martí

Introdução

Inicialmente, cabe a indagação: por que tratar do direito processual constitucional? Embora seja, atualmente, um chavão, boa parte dos estudantes de Direito se apaixonam pelo direito penal durante a faculdade. De fato, a disciplina inspira nos alunos profundos questionamentos e os leva a tê-la como uma de suas favoritas. Entrementes, o direito processual penal não recebe tanto foco. A antiga concepção de direito processual como mero instrumento, talvez, afaste o carinho dos estudantes. De certo, que não se dá o mesmo valor ao direito processual penal em comparação ao direito penal. Nesse ponto, encontra-se um grande equívoco. É no processo que a “batalha” de fato acontece. O direito penal acaba servindo de substrato para teses defensivas, além daquelas típicas do processo (nulidades, preliminares etc.). Se a disputa pelo direito se dá no âmbito do processo, é nele, também, que se observam o respeito ou a mitigação aos princípios e direitos fundamentais. Por tudo isso, o direito processual penal há de ocupar papel central nos estudos forenses.

Este estudo trata do direito processual penal constitucional, com foco para o limite de aplicação do princípio *nemo tenetur se detegere*, tanto no seu aspecto referente à vedação à autoincriminação, quanto no direito ao silêncio.

Sob o patrocínio dos direitos constitucional, penal e processual penal, exsurtem vários temas e subtemas a permear os debates e as investigações dos operadores jurídicos, passando as discussões pela vivência prática junto aos tribunais, escritórios de advocacia, delegacias de polícia e, obviamente, pelas instâncias acadêmicas, ávidas por novos campos de debates.

Um dos assuntos que, notadamente, tem percorrido as pautas dos juristas, é a questão da aplicação do princípio *nemo tenetur se detegere* (o direito de não produzir prova contra si mesmo) brocardo de origem romana, que se refere ao direito de qualquer acusado ou de qualquer perpetrador de crimes ou contravenções no campo penal (e até de ilícitos administrativos), de não ser obrigado a produzir prova contra si mesmo e de seu direito ao silêncio. Colaborar ou cooperar para a produção probatória contra si, em outras palavras, também compõem, conforme os ditames constitucionais, penais e processuais penais, temática empolgante a ser pesquisada.

Como operador do direito, presencia-se de forma muito acentuada o crescimento de uma tensão em que figura, de um lado o interesse da sociedade e de outro o interesse individual. O interesse da sociedade pelo fim da corrupção e da violência confunde-se e retroalimenta-se do interesse Estatal na persecução penal que, por sua vez, digladiada-se com o direito e garantia fundamental do indivíduo de não produzir prova contra si mesmo: *nemo tenetur se detegere*.

Inserir-se no debate, o aporte da criminologia, a partir da teoria do “direito penal do inimigo” como forma de explicar o fenômeno social que gera a agressiva ação Estatal retromencionada. O “direito penal do inimigo” pode caracterizar-se, entre outras coisas, por uma ampla antecipação da punibilidade, pela adoção de uma perspectiva fundamentalmente prospectiva, pelo incremento notável das penas, e pelo relaxamento ou supressão de determinadas garantias processuais individuais, como o princípio *nemo tenetur se detegere*.

No contexto atual, com a notória operação “Lava-Jato” nos noticiários diários, o tema da colaboração (ou delação) premiada tem assumido um papel de destaque unívoco nos debates jurídicos. Os limites de sua aplicação e seu uso político levam a uma reflexão do papel do direito processual penal como instrumento do Estado.

Verifica-se, pois, uma tendência atual e com vistas ao futuro, de novas leis e institutos que visem flexibilizar o princípio *nemo tenetur se detegere*, o que, por sua vez, demonstra um interesse do Estado em ignorar os princípios constitucionalmente consagrados para atuar de forma irrestrita sobre o indivíduo, sob a justificativa de promover a justiça. A investigação visa, portanto, oferecer uma leitura analítica do referido princípio de forma conjunta com os institutos e leis que constituem ataque à sua essência.

Tratar de tal tema é importante na medida em que o princípio *nemo tenetur se detegere* oferece proteção de suma importância ao acusado em qualquer declaração prestada em interrogatório ante um agente público, ou qualquer outro meio de prova a ser realizada (pericial, por exemplo), resguardando sua autodeterminação, na medida em que o mantém livre de uma possível coação, violência física ou psíquica, a fim de não produzir prova contra si próprio.

O interesse pelo tema e a importância que se deseja que tenha no campo acadêmico-jurídico deriva da forma como é estruturado e trabalhado no desenvolvimento da pesquisa.

São raras as obras que abordam de modo exclusivo e amplo o princípio *nemo tenetur se detegere*, tendo destaque nesta área, Maria Elizabeth Queijo e Paulo Mário Canabarro Trois Neto, fontes de ingente relevância e utilização para

o trabalho. De outro lado, são prolíficas as construções de conhecimento que tratam de um dos institutos ou leis que enfraquecem o princípio *nemo tenetur se detegere*, tendo eles como características comuns, uma visão unifocal dos institutos/leis e o tratamento do princípio como subjacente a estes. Falta, portanto, um trabalho que una essas duas perspectivas e apresente uma abordagem analítica do tema, não tendo foco apenas no princípio ou nos institutos e leis, mas tratando-os de forma conjugada para o melhor entendimento da situação precária do princípio *nemo tenetur se detegere* na ordem jurídica atual.

Convém destacar, também, que o princípio *nemo tenetur se detegere* não possui a devida atenção da seara jurídica, seja na área acadêmica, seja na prática forense. Quando se trata de princípios que protegem o indivíduo contra o *jus puniendi*, o princípio da presunção de inocência tem um destaque tamanho que ofusca o debate de outras proteções. Nesse diapasão, o princípio *nemo tenetur se detegere* tão basilar a uma ordem processual penal constitucional democrática, queda em segundo plano, o que acarreta em menor discussão sobre sua importância, características e extensão. O trabalho tem o fito de resgatar o destaque que o princípio merece e trazer a lume sua indispensabilidade na contenção à crescente expansão do poder punitivo do Estado frente aos direitos individuais.

Ao abordar tal tema, espera-se que seu impacto no meio jurídico e acadêmico seja propiciar uma discussão sobre os limites da pretensão acusatória e suscitar um debate sobre como é possível resguardar o princípio *nemo tenetur se detegere* frente a legislações que, direta ou indiretamente, visam a enfraquecê-lo.

Verifica-se, pois, que o princípio *nemo tenetur se detegere* se encontra na vanguarda das discussões processuais penais hodiernas, sendo um verdadeiro desafio, presente e futuro, sua adequação com novos institutos e leis.

Diante disso, o objetivo geral dessa investigação de caráter científico é analisar o âmbito do princípio *nemo tenetur se detegere* no Brasil, notadamente as tentativas legislativas e institucionais de sua flexibilização e erosão, sublinhando sua importância para um processo penal democrático.

De modo específico, pretendeu-se: examinar a tendência de recrudescimento da atuação Estatal sob a ótica da criminologia, notadamente da teoria do “direito penal do inimigo”; conceituar o princípio constitucional *nemo tenetur se detegere*, previsto pelo inciso LXIII, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, no seu duplo aspecto: direito a não autoincriminação e ao silêncio, bem como analisar sua construção histórica como forma de desvendar suas

características mais intrínsecas e, portanto, aquelas que merecem maior proteção; identificar as bases na qual se sustentam a consagração do princípio *nemo tenetur se detegere* como direito fundamental, para demonstrar que existe tendência normativa de enfraquecimento do princípio, evidenciada na cronologia de introduções e modificações legislativas na esfera penal e processual penal; e investigar o princípio *nemo tenetur se detegere* na sua feição de direito ao silêncio, dando destaque ao interrogatório e questões correlatas a este, como a condução coercitiva, as consequências do silêncio e o “direito à mentira”; e verificar a compatibilidade (e constitucionalidade) do instituto da colaboração (delação) premiada à luz do princípio *nemo tenetur se detegere*.

A hipótese básica que permeia todo o trabalho é que não se pode abandonar o princípio *nemo tenetur se detegere*, pois este se traduz num direito constitucionalmente assegurado que impõe limite à pretensão acusatória Estatal. Uma sociedade que se conclama democrática não pode prescindir de tal princípio, pois se trata da base de um sistema processual penal acusatório que visa proteger os direitos do acusado, e não buscar a punição a todo o custo.

Para atender ao proposto, do ponto de vista metodológico o trabalho se divide em dois grandes tópicos: o primeiro, composto pelo capítulo 1, versa sobre o recrudescimento do Estado na persecução penal, tendo como fundamento o direito penal do inimigo; o segundo, composto pelos capítulos 2, 3 e 4, discorre sobre princípio *nemo tenetur se detegere* que limita o direito de punir do Estado, tendo como fundamento a Constituição Federal de 1988.

Sob o título “o fenômeno de recrudescimento do Estado: buscando explicações na criminologia crítica”, o primeiro capítulo expõe sobre a caracterização do cenário atual de progressiva atuação repressiva do Estado; o direito penal do inimigo como fórmula de combate aos indivíduos ditos “perigosos”; os princípios e direitos sob ataque para identificar a função do direito no combate da criminalidade, se deve ser a todo custo ou levar em conta os direitos fundamentais; e, por fim, a análise sobre o papel da mídia e sua influência no processo penal.

O segundo capítulo analisa o princípio *nemo tenetur se detegere* e sua consagração constitucional como direito fundamental, abordando seu conceito a partir do duplo aspecto de vedação à autoincriminação e de direito ao silêncio, sua evolução histórica e previsão no Pacto de San José da Costa Rica e no direito brasileiro.

O capítulo terceiro é dedicado à apresentação do direito ao silêncio, perpassando subtemas como seu âmbito de incidência, sua exteriorização no

interrogatório, quais as consequências do silêncio e o que se entende por “direito à mentira”.

Por fim, o quarto capítulo enfrenta a questão norteadora da pesquisa vale dizer, a legitimidade da colaboração ou delação premiada na ordem jurídica brasileira em vigor, com fundamento, de um lado nas doutrinas do direito penal do inimigo, que defende o direito penal máximo como instrumento preventivo de política criminal; e de outro nas teses defensoras do direito penal mínimo, lastreado no dever de proteger os bens jurídicos fundamentais da sociedade. Para tanto, depois de definir colaboração (delação) premiada, são apresentados os argumentos favoráveis e contrários à constitucionalidade da colaboração premiada como procedimento de reforço na investigação.

No tocante ao primeiro tópico utiliza-se a doutrina de visão garantista do direito penal-processual, bem como a legislação e a jurisprudência pertinentes. Em relação ao segundo tópico, mais extenso, além das fontes acima citadas, também serão trazidas à baila posições doutrinárias contrárias à hipótese central do trabalho, com o fito de criticá-las e de demonstrar como se apresenta, no cenário atual, o discurso de flexibilização do princípio *nemo tenetur se detegere*.

Ademais, quanto à crítica criminológica do “direito penal do autor”, esta será utilizada como forma de destacar e demonstrar de que forma o direito se apresenta como ferramenta contra os indivíduos e contra o Estado de Direito, sob a justificativa de combate à criminalidade e à corrupção, aliado a uma atuação Estatal cada vez mais repressiva e em desrespeito aos princípios e garantias fundamentais.

Assim, de forma geral, o tratamento da informação, mediante análise, leitura e fichamento da doutrina especializada e jurisprudência constitui o elemento central desta pesquisa bibliográfica e documental, que não tem a pretensão de originalidade quanto ao tema, inclusive porque um trabalho dessa monta requer uma análise mais aprofundada, mais tempo e espaço, o que contrariam a intenção de dissertação. A “novidade”, se assim é possível caracterizá-la, está na abordagem e no método analítico empregado, que não focam exclusivamente o princípio ou os institutos/leis, mas tratam do tema de forma conjugada e inter-relacionada.

2

O fenômeno de recrudescimento do Estado: buscando explicações na criminologia crítica

Os crimes, devido ao grande progresso tecnológico das mídias de comunicação, hoje são de conhecimento de grande número de pessoas na sociedade, sendo muitas vezes impossível quantificar com precisão quantos tomaram ciência de seu acontecimento. A partir deste momento é que se pode ver mais exacerbada a tensão entre os interesses público e particular.

Anos após anos, as instâncias governamentais veem crescer o número de delitos sob suas jurisdições, onde as vítimas não são mais a pessoa individualmente considerada; ao contrário, vê-se que, para um único tipo de delito, uma gama considerável de pessoas identificáveis e não identificáveis são informadas do seu cometimento. E os autores destes crimes, ao fazerem uso do princípio *nemo tenetur se detegere* ou ao serem privados dele, têm elevado a discussão acerca da prevalência do interesse público sobre o interesse individual. Essa tensão entre o “sentimento de justiça” do público e o conseqüente recrudescimento da pretensão acusatória (sendo notável a influência recíproca entre esse sentimento da população e o atuar mais severo do Estado), em contraste com os direitos do indivíduo, põe em xeque os consolidados posicionamentos acerca do princípio em questão.

No centro dos debates do processo penal contemporâneo, o direito a não autoincriminação e ao silêncio aparentam perder forças em favor de uma política criminal que tem como objetivo “fazer justiça a qualquer preço”. Contudo, a aceitação de tal posição implica numa erosão de princípios constitucionais basilares à democracia e à liberdade do indivíduo, a exemplo do princípio *nemo tenetur se detegere*.

Nesse horizonte, a criminologia traz, com a teoria do “direito penal do inimigo”, uma tentativa de explicar o fenômeno por trás desse movimento Estatal de flexibilização dos direitos fundamentais. O idealizador da teoria do “direito penal do inimigo”, o jurista alemão Günther Jakobs¹, expõe que:

¹ JAKOBS, Günther. **Derecho penal del enemigo**. Trad. Manuel Cancio Meliá. Madri: Civitas, 2003. p. 42-43.

(...) o direito penal conhece de dois polos ou tendências de suas regulações. Por um lado, o trato com o cidadão, em que se espera até que este exteriorize seu feito para lhe aplicar a reação a fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e, por outro, o trato com o inimigo, que é interceptado previamente e a quem se combate por sua periculosidade.

De acordo com os argumentos basilares da teoria de Günther Jakobs, aquele que comete um crime pode sofrer a imposição Estatal: a) como uma pessoa que delinuiu apenas porque cometeu um erro; b) ou como um indivíduo que deve ser fisicamente coagido antes que destrua o ordenamento jurídico. Com isso, tem-se a formação de duas figuras: a) o sujeito que, apesar de delinquir, não contesta a autoridade do Estado, e b) o sujeito que, ao delinquir, contesta tal autoridade. No primeiro caso espera-se que cometa o ilícito penal para depois combatê-lo, enquanto no caso do segundo não se lhe permite cometer o ilícito penal. Criam-se, então, duas ordens jurídicas antagônicas: o direito penal do cidadão e o direito penal para inimigos. Nesse diapasão, aprofunda Günther Jakobs²:

Todo aquele que prometa de maneira mais ou menos confiável fidelidade ao ordenamento jurídico, tem o direito a ser tratado como pessoa no direito. “Quem não prestar esta promessa de modo crível será, conseqüentemente, heteroadministrado, privando-se-o de direitos”. Seus deveres seguem incólumes (ainda que cognitivamente já não se possa contar com o cumprimento do dever); pelo contrário, não seria delinquente, devido à ausência de infração de dever. “Na medida em que se o prive de direitos não é tratado - por definição - como pessoa no direito”.

O drama atual do direito penal está na conciliação entre a tutela da segurança pública e a justiça traduzida nas garantias individuais fundamentais do ser humano.

No desígnio de identificar o tema do princípio *nemo tenetur se detegere* e localizá-lo dentro do cenário acadêmico-jurídico enquanto impedimento à autoincriminação na ordem processual penal constitucional, é preciso, primeiro, entender como surgiu e como vem se desenrolando a progressiva atuação repressiva do Estado, mais especificamente como está se dando a substituição do direito penal de *ultima ratio* fundamentado em princípios democráticos, por um

² JAKOBS, Günther. **Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad**. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMES-JARA DÍEZ, Carlos (Orgs.). *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. vol. 02. Buenos Aires: Euros Editores, 2006. p. 206.

direito penal exacerbadamente ampliado ao ponto de ser usado como política pública de combate à criminalidade e de restauração da paz social, como panaceia de todos os problemas na área da segurança pública, mesmo que para seu exercício seja necessário desconsiderar importantes princípios constitucionais a exemplo do *nemo tenetur se detegere*.

Para tanto, é preciso investigar suas causas históricas que deram vazão ao surgimento do direito penal do inimigo, suas implicações na legislação penal brasileira e os reflexos face à proteção dos direitos e garantias fundamentais preconizados pelo Estado Democrático e Constitucional de Direito.

2.1.

Características da progressiva atuação repressiva do estado

O porvir do século XXI trouxe consigo a implementação de um novo poder hegemônico chamado de “globalização”. Tal fenômeno, um dos maiores acontecimentos na história da humanidade nos últimos tempos, se refere às mudanças ocorridas, tanto na ordem econômica, como política, e em escala internacional, com o objetivo de integrar os mercados numa espécie de “aldeia global³”, indicando que existe uma comunidade internacional de abrangência mundial, materializada pela celeridade e rapidez tanto na locomoção por meio dos transportes modernos, como na troca de conhecimentos, dados e informações, permitindo ampla inter-relação entre o sistema de produção de bens e serviços e a mercantilização desses produtos. Conforme Valérie de Campos Mello⁴, a globalização deve ser compreendida como:

³ “O conceito de Aldeia Global, criado na década de sessenta por Herbert Marshall McLuhan, professor na Escola de Comunicações da Universidade de Toronto, está diretamente relacionado com o conceito de globalização e corresponde a uma nova visão do mundo possível através do desenvolvimento das modernas tecnologias de informação e de comunicação e pela facilidade e rapidez dos meios de transporte. Segundo Marshall McLuhan, a informação transmitida eletronicamente contribui para abolir virtualmente as separações geográficas entre os centros de decisão, de produção e de distribuição à escala mundial. Os meios eletrônicos de comunicação à distância permitiam não apenas ampliar os poderes de organização social da população, mas abolir, em grande medida, a sua fragmentação espacial, permitindo que qualquer acontecimento numa parte remota do mundo tenha reflexos noutra distante geograficamente. As consequências desta nova forma de ver o mundo têm influências fortíssimas ao nível da gestão, levantando novos desafios e levando à necessidade de desenvolvimento de novas estratégias e à criação de novas estruturas organizacionais” (NUNES, Paulo. **Conceito de aldeia global**. In: *Ciências Econômicas e Empresariais - Gestão*, 19 de junho de 2008. Disponível em: <<http://www.knoow.net/cienceconempr/gestao/aldeiaglobal.htm>>. Acesso em: 29 nov. 2017. p. 01).

⁴ MELLO, Valérie de Campos. **Globalização, regionalismo e ordem internacional**. In: *Revista Brasileira de Política Internacional*, vol. 42, nº 01, p. 157-181. Brasília: RBPI, jan./jun. 1999. p. 165.

(...) um processo, um padrão histórico de mudança estrutural, mais do que uma transformação política e social já plenamente realizada. Ela é um fenômeno ao mesmo tempo amplo e limitado: amplo, porque ela cobre transformações políticas, econômicas e culturais; limitado, porque não se trata de um processo completo e terminado, e ele não afeta a todos da mesma maneira. O processo de globalização é caracterizado pela intensa mudança estrutural da economia internacional, com o peso crescente de transações e conexões organizacionais que ultrapassam a fronteira dos Estados.

Ressaltando a importância da informatização no processo de globalização contemporâneo, Octavio Ianni⁵ pontua que na aldeia global, para “além das mercadorias convencionais, sob formas antigas e atuais, empacotam-se e vendem-se as informações”. No seu pensar, as informações, os entretenimentos e as ideias são produzidas, comercializadas e consumidas mundialmente como mercadorias⁶.

Enquanto aproximação dos povos do globo terrestre, a globalização existe desde as migrações do *homo sapiens*, passando pelas conquistas dos romanos, a expansão do cristianismo, as navegações e descobertas de novas terras no além-mar, a difusão dos ideais da Revolução Francesa de 1789, os reflexos dos efeitos das grandes guerras mundiais, para citar alguns exemplos, até se chegar à informatização da comunicação e às facilidades de transportes. Hoje, nada do que é realizado no planeta pode ser considerado algo local, regional ou nacional⁷.

Essa modernização produz inseguranças e riscos futuros, que não mais se encaixam no controle das instituições sociais existentes construídas no passado que a antecede, e que precisam ser enfrentadas de forma sistematizada. Nesse novo cenário, é preciso desenvolver uma nova cultura, a cultura do risco, de uma sociedade consciente capaz de se prevenir em relação a situações de risco e se autoprotoger no caso de perigo. Isso tudo compõe o que se chama de “sociedade do risco”.

A “sociedade do risco” (*Risikogesellschaft*) expressão do sociólogo alemão Ulrich Beck⁸ é definida a partir de um conceito de modernidade industrial simples,

⁵ IANNI, Octavio. **Teorias da Globalização**. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 16.

⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2. ed., rev. e ampl. España: Civitas, 2001. p. 37-39.

⁷ LEAL, Rogério Gesta. **A responsabilidade penal do patrimônio ilícito como ferramenta de enfrentamento da criminalidade**: instrumentos de direito material e processual. Porto Alegre: FMP, 2017. p. 45.

⁸ “Desde a enorme difusão da obra de Ulrich Beck, é lugar comum caracterizar o modelo social pós-industrial em que vivemos como ‘sociedade do risco’ ou ‘sociedade de risco’ (*Risikogesellschaft*).

irracional e irreflexivo, que evolui para um segundo estágio mais complexo, reflexivo e racional, cenário onde emerge a necessidade de se idealizar instrumentos eficientes para promover a compatibilização dos riscos às garantias individuais e coletivas⁹. Nas palavras de Ulrich Beck¹⁰:

O discurso da sociedade (industrial) do risco, também e principalmente nesse sentido - enunciado há cerca de um ano contra muita resistência de vozes internas e externas -, manteve um amargo sabor de verdade. Muito do que se impôs por escrito, de modo ainda argumentativo - a indiscernibilidade dos perigos, sua dependência do saber, sua supranacionalidade, a 'desapropriação ecológica', a mudança repentina da normalidade em absurdo etc. -, pode ser lido após Chernobyl como uma trivial descrição do presente. Ah, pudesse ter continuado a ser a evocação de um futuro a ser evitado.

Na sociedade industrial, os riscos produzidos para a existência humana, individual e comunitária, provinham de acontecimentos naturais como terremotos, enchentes, situações que extrapolavam os limites de competência da tutela direito penal, ou de ações humanas próximas e bem definidas, que para contê-las era suficiente a proteção dispensada aos clássicos bem jurídicos como a vida, o corpo, a saúde, a propriedade, o patrimônio, enfim, o catálogo próprio de um direito penal liberal e antropocêntrico¹¹.

Acontece que essa sociedade industrial já não existe, foi substituída por uma realidade tecnológica, massificada e global, cenário onde a ação humana, muitas vezes anônima, indefinida, se revela suscetível de produzir riscos de culminância global, podendo ser produzidos em tempo e lugar muito distantes da ação que os originou e com efeitos muito danosos, inclusive provocar extinção de

Destarte, a sociedade atual aparece caracterizada, fundamentalmente, por um marco econômico rapidamente modificante e pelo surgimento de avanços tecnológicos sem comparação em toda a história da humanidade. O desenvolvimento extraordinário da técnica teve e segue tendo repercussões diretas na incrementação do bem estar individual, da mesma forma que tem a dinamização dos fenômenos econômicos. Sem embargo, não se pode ignorar suas consequências negativas. Dentre elas, o que interessa ressaltar é a configuração do 'risco de procedência humana como fenômeno social estrutural'. Isso, pelo fato de que boa parte das ameaças a que os cidadãos estão expostos provém de decisões que outros concidadãos adotam ao manejar os avanços técnicos: riscos mais ou menos diretos para os cidadãos (como usuários, consumidores, beneficiários de prestações públicas) que derivam das aplicações técnicas dos desenvolvimentos da indústria, da biologia, da genética, da energia nuclear, da informática, das comunicações. Mas também, porque a sociedade tecnológica, crescentemente competitiva, despreza à marginalidade os indivíduos que imediatamente são percebidos pelos demais como fonte de riscos pessoais e patrimoniais" (tradução livre) (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 2001. *Op. cit.*, p. 26-28).

⁹ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 29.

¹⁰ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 10.

¹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral - questões fundamentais - a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 127.

vidas. O embate que surge dessa constatação é saber se o direito penal clássico, de vertente liberal, construído e sistematizado na sociedade e para a sociedade industrial, está preparado para a tutela desses riscos¹².

A sociedade do risco é constituída pela globalização não como algo nefasto, danoso ou alheio à ordem das coisas, “mas enquanto resultado das dinâmicas sociais que se estabelecem a partir daí e, portanto, não se trata de buscar a aniquilação dos riscos, mas gestá-los com racionalidade e eficiência”¹³.

Em essência, a sociedade do risco é a sociedade do conhecimento, ou do acesso a ele. O período que se denomina de “revolução industrial” foi marcado pela ignorância coletiva em relação aos efeitos do processo produtivo e dos riscos decorrentes à humanidade. O desenvolvimento industrial fomentado pela ampliação tecnológica, notadamente quanto à informatização, fez emergir a percepção coletiva dos riscos e consequências globais secundários, quase sempre irreparáveis, do manejo de novas tecnologias, trazendo novos problemas ao direito penal.

Os riscos produzidos por condutas e decisões de pessoas e que atingem um número maior de pessoas para além dos diretamente envolvidos existem desde o início da industrialização, porém somente nos últimos tempos é que começaram a ser identificados desse modo, porque se percebeu que são de dimensão lesiva bastante ampla, chegando a afetar à própria existência humana. Isso tudo acaba refletindo no direito penal. O problema é que os reflexos tendem a ser negativos, já que o direito penal ainda se sustenta sobre um modelo liberal/clássico, pois busca aplicar a pena ao indivíduo que praticou o ilícito.

No caso de um risco à sociedade a partir de uma empresa, por exemplo, nem sempre é possível individualizar o autor do fato lesivo, ainda mais quando um funcionário apenas cumpre ordens de seus superiores. Para resolver o impasse cria-se uma natureza simbólica de um direito penal preventivo, que não consegue resolver a questão, mas que constrói no seio social a falsa ideia de que o endurecimento das penas é a solução para os problemas que acontecem muito antes do momento de incidência possível do direito penal.

Esse direito penal estendido para abarcar a prevenção de todos os tipos de crime, inclusive os praticados por grupos de pessoas ou mesmo no âmbito empresarial, assim como aqueles contra o meio ambiente, deixa de executar a finalidade singular do direito penal clássico de proteger os direitos individuais, bens jurídicos concretos, para realizar funções promocionais, indefinidas e

¹² DIAS, Jorge de Figueiredo. 2004. *Op. cit.*, p. 127-128.

¹³ LEAL, Rogério Gesta. *Op. cit.*, p. 46.

imprecisas, de eficácia que não consegue efeito prático significativo, mas meramente simbólico. Destarte, um ordenamento jurídico firmado na experiência, analisado, ponderado, decorrente de muitos anos de experiência, está sendo rapidamente substituído por um modelo pouco refletido e, em certa medida, até infundado. No desejo de combater e extinguir o delito, novas leis são incessantemente editadas, cristalizando-se a ideia de que o direito penal pode resolver todos os males que afligem as pessoas consideradas “boas”, exigindo-se a definição de novos delitos e o agravamento das penas cominadas aos já descritos, tendo como destinatárias as pessoas “más”¹⁴.

Conforme, Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde¹⁵, o delito passa a ser concebido como um mal, a criminalidade como uma doença infecciosa e o delinquente como um ser nocivo. A opinião pública demonstra o sentido de que as pessoas vivem num campo de batalha e é com base nessa percepção que as políticas públicas são elaboradas, dentre elas as políticas criminais. Assim, quanto mais ameaçante parece ser determinado delito, mais materialistas são as exigências impostas ao seu tratamento. Essa tendência para uma constante luta, embora sem uma declaração oficial de guerra, se transformou em regra nas situações envolvendo terrorismo e tráfico de drogas, por exemplo, constituindo o que se denomina de “direito penal do inimigo” direcionado “para determinadas formas de criminalidade ou determinados tipos de delinquentes, aos quais se priva inclusive as tradicionais garantias de direito penal material e de direito processual penal”.

O direito penal está inserido no grande contexto social que ainda precisa ser mais estudado, mormente por ser uma realidade extremamente mutante. Assim, como a sociedade se sente insegura diante dos riscos e clama pela sensação de segurança, os legisladores, que precisam se manter coesos ao ideário comum para serem aprovados nas urnas e se manterem no poder, atendem ao bramido social e passam a se dedicar à construção de leis penais cada vez mais rígidas. A “fabricação” de normas penais mais duras passou a ser prática comum de combate à criminalidade em todos os setores,

¹⁴ GOMES DA SILVA, Luzia. **Análise histórica do sistema penitenciário**: subsídios para a busca de alternativas à humanização do sistema prisional. Postado em 26 de novembro 2012a. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/an%C3%A1lise-hist%C3%B3rica-do-sistema-penitenci%C3%A1rio-subs%C3%ADdios-para-busca-de-alternativas-%C3%A0-humaniza%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 30 nov. 2017. p. 01.

¹⁵ “[...] opinión pública, tal como se trasluce sobre todo en las encuestas periódicas, muestra una actitud belicosa y en base a este sentimiento se elabora la política [...]. Derecho penal para enemigos, es decir, para determinadas formas de criminalidad o determinados tipos de delincuentes, a los que se priva incluso de las tradicionales garantías del Derecho penal material y del Derecho procesal penal” (HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 37).

independentemente da natureza do acontecido, quer na esfera ambiental, de consumo ou criminal, como se o castigo imposto pela norma penal por meio de sanção fosse solução para todos os problemas e conflitos emergentes na sociedade do risco. O resultado disso é o que Damásio Evangelista de Jesus¹⁶ define como “direito penal simbólico”, posto que incapaz de produzir os efeitos esperados no mundo dos fatos. Nenhuma lei consegue frear a criminalidade. É preciso, antes de tudo, que as leis sejam legítimas dentro da ordem jurídica posta, que seus preceitos sejam colocados em prática e que existam mecanismos reais para que as prescrições normativas possam ser realizadas.

No contexto globalizado da sociedade do risco, o direito penal contemporâneo enfrenta o problema de ter que harmonizar a proteção da segurança social com a garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos¹⁷.

Esse direito penal moderno não é homogêneo em seus conteúdos. É possível identificar, na prática, seis âmbitos concretos que frequentemente ou são combinados ou se sobrepõem uns aos outros: o denominado “direito penal do risco”, com o qual se trataria de dar uma resposta, preferencialmente por meio dos tipos de perigo abstrato, aos grandes riscos que criam certas atividades na atual sociedade do risco, como as relativas às tecnologias atômica e nuclear, à informática, à genética, ou à fabricação e comercialização de produtos; b) o “direito penal econômico e do ambiente”, que agrupa um conjunto de tipos penais orientados para proteger o ambiente e outros novos bens jurídicos da economia que, geralmente, remetem a substratos de caráter coletivo; c) o “direito penal da empresa”, que trata das de imputação que representa o direito coletivo cometido a partir de uma organização empresarial, e por isso com fundamento nos princípios de divisão de trabalho e de hierarquia; d) o “direito penal da União Europeia” para a proteção dos bens jurídicos europeus diferenciados dos bens jurídicos dos Estados-membros; e) o “direito penal da globalização” que visa proteger os bens jurídicos inseridos no atual mercado global autorregulado e não controlado pelos Estados-membros e f) o “direito penal do inimigo”¹⁸.

¹⁶ EVANGELISTA DE JESUS, Damásio. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. São Paulo: Saraiva. 2. ed. 1996. p. 01.

¹⁷ Na síntese de Francisco Muñoz Conde: “respeitar os direitos do indivíduo, inclusive do indivíduo delincente, garantindo, ao mesmo tempo, os direitos de uma sociedade que vive com medo, as vezes real, as vezes suposto, à criminalidade, constitui uma espécie de quadratura do círculo que ninguém sabe como resolver. A sociedade tem direito a proteger seus interesses mais importantes, recorrendo à pena se isso for necessário; o delincente tem direito de ser tratado como pessoa e de não ficar definitivamente apartado da sociedade, sem esperança de poder reintegrar-se à mesma” (tradução livre) (Francisco Muñoz Conde *apud* TORON, Alberto Zacharias. **Crimes hediondos**: o mito da repressão penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 17).

¹⁸ MARTÍN, Luis Gracia. **El derecho penal moderno del Estado Social y Democrático de Derecho**. Universidad de Zaragoza. Suprema Corte de La Justicia de la Nación. Zaragoza-ES: UNIZAR, [s.d.]. Disponível em:

No intuito de descobrir mecanismos de prevenção à violência e à criminalidade moderna, muitos são os debates e as discussões acerca da proteção dos bens jurídicos supraindividuais, da tutela dos direitos fundamentais, dos elementos definidores da conduta e da ação delitiva, bem como da imputação objetiva, e outros temas correlatos¹⁹.

Existe um debate filosófico contemporâneo com forte influência sobre a legislação interna de cada país, entre quem sustenta que é necessária uma efetiva intervenção do Estado para impor pena a quem viola direitos alheios, e quem, a partir de diferentes vertentes e com distintas conclusões, questiona o sistema penal como forma de castigo, situação que justificaria sua expansão como resposta jurídica aos problemas sociais, para abarcar os crimes de grande monta, denominados de delito dos poderosos, a exemplo dos crimes ambientais, dos crimes econômicos e dos crimes políticos, especialmente para atender ao clamor social por mais segurança.

Nesse contexto, o paradigma do direito penal clássico destinado exclusivamente à proteção do indivíduo, passa a ser questionado no sentido de sua ampliação para abarcar também a tutela bens e interesses supraindividuais. Essa nova concepção do direito penal baseia-se na “lógica da prevenção geral negativa”, no sentido de que a criminalização de condutas em textos normativos é capaz de coibir, por si só, a prática de delitos²⁰.

Os argumentos decorrentes são ordenados por Jorge de Figueiredo Dias²¹ em três doutrinas que se diferem entre si, também em decorrência do critério jurídico-político adotado pelos idealizadores: a teoria da função penal restrita à tutela dos direitos individuais e atrelada à matriz causal; a teoria da funcionalização intensificada da tutela penal ou “direito penal do risco” e a via intermediária da teoria da dogmática criminal dual ou dualista.

Com efeito, essas são teorias essencialmente críticas à atual configuração da atuação repressiva do Estado, favoráveis ou não ao seu recrudescimento, levando-se em conta o contraponto entre o direito penal do limiar da história da democracia, fundamentado pelo princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio* e revestido do caráter garantista, e a expansão do direito penal com a gradual

<<https://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/sites/default/files/Lecturas/EI%20Derecho%20Penal%20Moderno.pdf>>. Acesso em: 02 dez. 2017. p. 04-05.

¹⁹ FERRAZ, Denise Nóbrega. **Crimes de perigo abstrato**: a tutela de bens jurídicos supraindividuais no direito penal moderno. In: *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, ano 14, Edição Especial, p. 07-53. Brasília: FESMPDFT, dez., 2006. p. 07.

²⁰ FERRAZ, Denise Nóbrega. *Op. cit.*, p. 18

²¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. 2004. *Op. cit.*, p. 130 e ss.

mitigação do princípio do direito penal como instrumento último e a progressiva atuação repressiva do Estado.

O processo de modernização do direito penal tem gerado na doutrina penal dois discursos ideológicos e político criminais claramente opostos, aos quais denominam, respectivamente, de modernização e de resistência à modernização do direito penal; e um intermediário que tenta harmonizar as duas definições antagônicas.

2.1.1.

Restrição do direito penal à tutela dos direitos individuais

O direito penal mínimo, em seu conceito tradicional, se identifica com uma forma de controle social formal de reação. Contudo, o direito penal não é o único meio de controle social. Por isso se questiona se existe fundamento jurídico para fazer uso extensivo deste direito. Os bens jurídicos têm, no direito penal, um instrumento de sua proteção, mas não é o único. Ademais, o direito penal não intervém nas primeiras fases do delito, mas apenas depois de sua manifestação. Devido à gravidade do controle penal não é possível que seja utilizado para todas as situações. O Estado deixaria de ser de direito, os cidadãos viveriam sob constante ameaça penal, a insegurança ao invés da segurança e o Estado em vez de ser um Estado de Direito se converteria num Estado de Polícia. Embora sejam alusões a duas obras de ficção, basta imaginar os futuros distópicos do livro “1984” de George Orwell e aquele do filme cinematográfico do diretor Steven Spielberg “Minority Report”, para se ter uma noção do Estado-total que se deseja evitar.

O direito penal mínimo, também denominado de “direito penal de intervenção mínima” ou “direito penal de garantias”, tem como fundamento o garantismo penal e é seguido por aqueles que defendem que o direito penal deve ser acionado apenas quando todas as demais formas de controle fracassarem²².

Pelo princípio da intervenção mínima do direito penal²³, limitador da incidência de normas incriminadoras, o direito penal, com o intuito de minimizar a

²² GERLACK NETO, Martinho Otto. **Dicionário técnico-jurídico de direito penal e processual penal**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 77.

²³ Na verificação de Eduardo Reale Ferrari “o princípio da intervenção mínima é originário do movimento social de ascensão da burguesia, possuindo como premissa, restringir, o mínimo possível, os direitos do cidadão, a fim de conseguir o máximo de liberdade. Previsto no artigo 8º, da Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão de 1789, o princípio da intervenção mínima admite a ingerência de sanções criminais, apenas quando estritamente necessárias, vedando-se

“insegurança perpetuada pela perene inflação legislativa”, deve ser conclamado para tutelar apenas “bens jurídicos fundamentais”. As demais atividades ilícitas seriam deixadas ao encargo dos demais ramos do direito. O princípio da intervenção mínima informa que a tipificação e a punição exigem, para além da comprovação formal do delito, sua existência material ou substancial, emergindo como relevante a análise, de um lado, da “presença da dignidade criminal²⁴” e de outro da “carência de proteção da incriminação²⁵”.

Dessarte, o direito penal mínimo é aquele que comporta as garantias fundamentais preconizados pelo Estado Democrático e Constitucional de Direito²⁶.

O direito penal segundo seu princípio básico de intervenção mínima, deve ser a *ultima ratio* da política social do Estado à proteção dos bens jurídicos mais importantes frente a ataques mais graves que podem sofrer. A intervenção do direito penal na vida social deve ser reduzida ao mínimo possível para minimizar a resposta jurídica violenta frente ao delito.

Em virtude disso, surgem dois subprincípios: o princípio de caráter fragmentário do direito penal, que consiste na salvaguarda dos ataques mais intoleráveis aos pressupostos imprescindíveis à manutenção da ordem social; e o princípio de subsidiariedade, que entende o direito penal como último recurso frente à desorganização social, uma vez que fracassaram ou não estejam

tipificações e sancionamentos supérfluos, vagos e indeterminados. Fundamentando-se no pensamento de que o Direito Penal só se legitima quando insuficiente à tutela de outros ramos do ordenamento jurídico, o princípio da intervenção mínima crê na subsidiariedade e na fragmentariedade da interferência criminal, significando impossibilidade de sancionamento a todas as condutas lesivas, a aplicar-se apenas àquelas mais gravosas socialmente” (FERRARI, Eduardo Reale. **Legislação penal antitruste**: direito penal econômico e sua acepção constitucional. *In Revista Direito e democracia*, vol. 06, nº 02, p. 287-524. Canoas/RS: ULBRA, 2005. p. 352; 354).

²⁴ De acordo com Costa Andrade a dignidade criminal “implica no princípio do consenso, reduzindo-se a interferência do direito penal às condutas que protejam valores ou interesses efetivamente relevantes socialmente, respeitando-se sempre a dignidade da pessoa humana. De acordo com o princípio da intervenção mínima, o preceito primário e a sanção penal somente serão impostos se presentes fatos que tenham ressonância e repercussão social, não fazendo sentido a incidência de qualquer sanção, quando ausente a necessidade de proteção à tutela penal. [...]. Com a expressão dignidade criminal, possível será negar situações que pretendam elevar-se à categoria de crime, servindo como elemento importante para negar a nova criminalização, bem como a própria descriminalização de condutas já consideradas criminosas, não constituindo, entretanto, parâmetro que legitime positivamente nova criminalização, sendo tal fenômeno exclusivo da análise quanto à carência de proteção criminal, reconhecendo a necessidade de proteção penal, a legitimar a criação de novos tipos e sanções” (Costa Andrade *apud* FERRARI, Eduardo Reale. *Op. cit.*, p. 358-361).

²⁵ Carência de proteção penal “significa correspondência ao princípio da subsidiariedade do direito penal, da *ultima ratio*; do controle social, impondo-se sanção penal apenas quando impossível a eficácia à proteção social, por intermédio de outros ramos do direito. Como destaca Santiago Mir Puig, para proteger os interesses sociais, o Estado deve esgotar todos os meios menos lesivos que aqueles inseridos no direito penal, incidindo-se tão somente quando constituir-se arma subsidiária. Quando nenhum outro instrumento for suficiente, legítima será a incidência da sanção penal” (FERRARI, Eduardo Reale. *Op. cit.*, p. 359).

²⁶ TORRES, Douglas Dias. **O direito penal na atualidade**: o garantismo, o direito penal mínimo, o direito penal simbólico e o abolucionismo penal. *In: Escritório Online*, de 08 de dezembro de 2002. Disponível em: <http://www.escriptorioonline.com/webnews/imprime.php?PHPSESSID=&id_noticia=2473>. Acesso em: 30 nov. 2017. p. 01.

disponíveis medidas de política social, o controle social não jurídico, ou outros subsistemas de controle social jurídicos.

Portanto, está na essência do direito penal clássico o fato de tratar-se de um ramo jurídico criado para intervir apenas em situações excepcionais. Daí exsurge o princípio da intervenção mínima, que o conduz inevitavelmente à ideia de fragmentariedade e subsidiariedade, cedendo às outras disciplinas legais a tutela imediata dos valores primordiais da convivência humana e atuando somente em último caso.

De acordo com o princípio de subsidiariedade o direito penal tem que ser a *ultima ratio*, o último recurso a ser utilizado, na falta de outros menos lesivos. O chamado caráter fragmentário do direito penal constitui exigência relacionada à subsidiariedade. Esses dois postulados integram o denominado “princípio de intervenção mínima”. Porém, conceber que o direito penal só deve proteger bens jurídicos não significa que todo bem jurídico tenha que ser protegido penalmente, tampouco que toda afronta aos bens jurídicos penalmente tutelados deva determinar a intervenção do direito penal.

A definição de um direito penal mínimo como modelo ideal de direito penal trouxe de volta à realidade o debate sobre os meios para limitar o poder de sancionar, com novas formulações. Nesta linha, o direito penal que deve visar à redução da violência social, precisa assumir também em sua configuração moderna a finalidade de reduzir a própria violência punitiva do Estado. Esta redução tem lugar por duas maneiras: sobre a base do princípio utilitarista da intervenção mínima e sobre a base dos princípios garantísticos individuais²⁷.

Por conseguinte, o direito penal deve ser utilizado apenas e tão somente nos casos extraordinariamente graves (caráter fragmentário) e quando não haja mais remédio por já terem fracassados outros mecanismos de proteção menos gravosos à pessoa (natureza subsidiária).

Quando se diz que o direito penal tem caráter fragmentário, se quer indicar que este só deve intervir frente àqueles comportamentos que atentem contra as regras mínimas da convivência social, aos bens e valores jurídicos fundamentais da pessoa e da sociedade, sempre e quando ditos comportamentos ocorram de forma grave.

²⁷ “(...) el derecho penal que debe cumplir el fin de reducción de la violencia social, ha de asumir también, en su configuración moderna, el fin de reducir la propia violencia punitiva del Estado. Esta reducción tiene lugar por dos vías: sobre la base del principio utilitarista de la intervención mínima y sobre la base de los principios garantísticos individuales” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: José María Bosch, 1992. p. 22).

Na afirmação de que o direito penal é a *ultima ratio* do ordenamento jurídico indica-se que a intervenção penal, que é a prevenção do delito através da pena, só é legal naqueles casos nos quais o Estado, previamente, tenha esgotado todas as possibilidades não penais à prevenção do delito (culturais, educacionais, assistenciais e de política geral) e, apesar de tudo, persistirem os conflitos agudos; daí sua natureza subsidiária.

Trata-se de identificar as causas do delito desde dois aspectos fundamentais: de uma parte, do conhecimento dos processos de criminalização; e, de outra parte, da identificação dos comportamentos socialmente negativos. Assinala-se a importância e a necessidade da interdisciplinaridade interna (próprio da sociologia jurídico-penal) e da interdisciplinaridade externa, isto é, do tratamento do penal desde outras disciplinas.

Recorde-se que antes da Revolução Francesa de 1789, o direito penal era de carácter eminentemente instrumental, conectado aos desígnios de um poder absoluto de cultivar a paz no seio social e a segurança no reino. O regime absolutista se transformou em forma de exploração, gerando constantes movimentos de revolta dos burgueses contra os feudos que, além de outros fatores, contribuíram para o desencadeamento da Revolução Francesa. Os principais efeitos desta Revolução e a decorrente consolidação da burguesia foram a eliminação da sujeição subserviente, a extinção dos direitos feudais e a proclamação dos princípios universais da “liberdade, da igualdade e da fraternidade” (*liberté, égalité, fraternité*), que foram idealizados na França, pelo político Jean Nicolas Pache (1746-1823) e depois anuídos como estandarte de luta da burguesia capitalista durante a Revolução Francesa de 1789²⁸.

O advento das revoluções burguesas instalou o Estado Liberal que tratou de diferenciar Estado (público) e sociedade civil (privado) fazendo surgir a primeira noção de Estado de Direito. Uma das maiores conquistas desta época foi a liberdade consubstanciada nos direitos e garantias individuais, segundo a máxima constitucional de que todo poder emana do povo e que deve ser exercido em seu nome²⁹.

Estava, assim, instituído o direito penal das garantias, que, ainda atualmente, se mantém como importante aquisição do povo contra o poder arbitrário do Estado. Como não é possível conceber uma liberdade individual sem restrições ao poder dos governantes, uma nova etapa foi estabelecida: de que o

²⁸ ANDERSON, Perry. **Linhagens do Estado absolutista**. São Paulo: Brasiliense, 1985. p. 40.

²⁹ GOMES DA SILVA, Luzia; CASTRO, Júlio Cezar da Silva. **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais no Brasil**: passeio histórico-político. São Paulo: Baraúna, 2011. p. 126.

direito penal não poderia ser mero “instrumento para manter a paz social, mas também para regulamentar as garantias do indivíduo contra o poder de impor”, figurando como “limite da atuação do delinquente contra a sociedade e como limite da atuação do Estado para invadir e afetar a individualidade do acusado”. É essa a feição do direito penal moderno “que só pôde tornar-se ciência no momento em que a norma ganhou referido conteúdo de limitação, disciplina da garantia”³⁰..

Como direito de garantias, o direito penal não pode incidir sobre qualquer tipo de conduta humana, na medida em que a penalização produz como efeito inerente a ofensa aos direitos fundamentais que foram arduamente conquistados depois de muitas lutas. Significa dizer que a pena só deve ser aplicada em último caso, quando o ato praticado é capaz de comprometer, de fato, a paz que (suposta e idilicamente) reina na sociedade. Existem outros meios mais eficientes para tutela dos bens jurídicos que não sejam considerados fundamentais e imprescindíveis à vida social das pessoas, como os meios administrativos e civis, por exemplo³¹. Criticando a prática do direito penal como instrumento de políticas criminais, Ana Elisa Liberatore S. Bechara³² expõe que:

(...) se se puder entender o direito penal como instrumento subsidiário de controle social formal, voltado à proteção de interesses fundamentais dignos de tutela, ter-se-á como reflexo do conteúdo material do delito uma condição de vida que afeta a autonomia e o livre desenvolvimento do indivíduo no sistema social. A ideia de liberdade individual ou autonomia reflete, portanto, a base de justificação e legitimidade da intervenção jurídico-penal.

O direito penal do Estado de Direito é aquele que busca maior segurança na aplicação do direito, excluindo, na medida do possível, arbitrariedades. Seu oposto é o “antidireito”, ou seja, “toda força tendente a semear a insegurança, a

³⁰ ROSA, Fábio Bittencourt da. **Da vingança de sangue ao direito penal do inimigo**. Publicado em 27 de janeiro de 2011. Disponível em: <<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=15,67,1,0,1,0>>. Acesso em: 30 nov. 2017. p. 01.

³¹ A intervenção do direito penal deve ser reservada apenas para situações em que outros mecanismos de defesa social falharam. Desse modo, “ao Direito Penal não podemos atribuir, de maneira exclusiva ou principal, a tarefa de redução da criminalidade, que pode ser mais amplamente atendida ou diminuída por outros meios de controle social” (BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 163).

³² BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. **Direitos humanos e direito penal: limites da intervenção penal racional no Estado Democrático de Direito**, p. 153-194. In: MENDES, Gilmar; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (coords.). *Direito Penal contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 187.

incerteza, o arbítrio pessoal do poder, a arbitrariedade no exercício do magistério punitivo”³³.

Para os seguidores da teoria que defende a função penal limitada aos direitos fundamentais individuais, os bens jurídicos supraindividuais, incluindo a macrocriminalidade e condutas delituosas afins, não são da alçada do direito penal. Advogam no sentido da necessidade de se resgatar e fazer prevalecer os princípios de um direito penal de garantias, como fundamento de preservação do próprio Estado de Direito, no desígnio de romper com a irracionalidade da reação punitiva desmedida. Para tanto, aconselham a instituição de outro ramo jurídico voltado à proteção da sociedade contemporânea e seus megarriscos, como propõe a “Escola de Frankfurt”, que indica o direito de regulação e o direito sancionatório, que agiriam fora do âmbito de incidência do direito penal, notadamente na esfera administrativa³⁴.

A Escola de Frankfurt surgiu na década de 1920 e é considerada o embrião de um grupo de teóricos europeus, dedicado à elaboração de uma teoria crítica sobre a sociedade³⁵. Em matéria de direito penal, seus seguidores endentem que este precisa abrir mão dos riscos modernos e voltar suas atenções ao aspecto duro, central, nuclear do direito penal, formado pelos bens e direitos individuais cuja lesão decorrente pode ser objeto de um processo penal e de um direito penal precisos.

Conforme Jorge de Figueiredo Dias³⁶, os autores da Escola de Frankfurt sustentam que “o direito penal não pode alvorar-se em instrumento de tutela dos novos e grandes riscos próprios da sociedade presente e, ainda mais, da sociedade do futuro”, ao contrário, argumentam que “guardar (e, se necessário, reforçar) o patrimônio ideológico do iluminismo penal, reservando ao direito penal o seu âmbito clássico de tutela (os direitos fundamentais dos indivíduos) e os seus critérios experimentados de aplicação”. Nesse pensar, “para proteção perante os megarriscos da sociedade pós-industrial só pode ser pedido auxílio a outros ramos de direito (não penal) e, porventura sobretudo, a meios não jurídicos de controle social”.

³³ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Tratado de Derecho Penal**: parte general. V. II. Argentina: EDIAR, 1987. p. 367-368.

³⁴ GOMES DA SILVA, Luzia. **O direito penal na sociedade do risco**: um contributo à construção do paradigma penal das sociedades democráticas contemporâneas. Publicado em novembro de 2012b. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-direito-penal-na-sociedade-do-risco-um-contributo-%C3%A0-constru%C3%A7%C3%A3o-do-paradigma-penal-das-soc>>. Acesso em: 30 nov. 2017. p. 01.

³⁵ MOGENDORFF, Janine Regina. **A Escola de Frankfurt e seu legado**. In: *Revista Verso e Reverso*, vol. XXVI, nº 63, p. 152-159. São Leopoldo-RS: Unisinos, set./dez., 2012. p. 152.

³⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. 2004. *Op. cit.*, p. 130-131.

É com base nesse entendimento que o direito penal recebeu a missão de proteger bens jurídicos - assim compreendidos todo valor da vida humana protegido pelo direito - e para que não se transforme num instrumento de “agravamento de desigualdades e promoção de arbitrariedades e injustiças, é imprescindível que essa intervenção seja limitada, sob pena de perder sua legitimidade”³⁷.

O Supremo Tribunal Federal afirma que o Estado Democrático de Direito, para existir em sua plenitude, “passa, necessariamente, por uma busca constante de um direito penal mínimo”:

Ementa: *Habeas Corpus*. Constitucional e Penal. Crime Militar. Princípio da insignificância. Reconhecimento na instância castrense. Possibilidade. Direito penal. *Ultima ratio*. Conduta manifestamente atípica. Rejeição da denúncia. Ordem concedida. 1. **A existência de um Estado Democrático de Direito passa, necessariamente, por uma busca constante de um direito penal mínimo, fragmentário, subsidiário, capaz de intervir apenas e tão somente naquelas situações em que outros ramos do direito não foram aptos a propiciar a pacificação social. (...) (Grifei)**³⁸.

Evidentemente, a colocação em prática, com seriedade, do princípio de intervenção mínima do direito penal em suas duas facetas resulta, em muitos casos, extremamente difícil. O legislador precisa levar em conta: que o caráter fragmentário do direito penal exige a prática de amplo processo de despenalização de comportamentos considerados como delitivos, especialmente em matéria de crimes contra a propriedade; e que o referido caráter fragmentário não pode ser usado como escusa para não acometer a penalização de outros fatos socialmente danosos que hoje em dia escapam da esfera penal e que, por seu caráter lesivo para bens jurídicos coletivos, com transcendência individual, devem ser prevenidos por um direito penal que assuma plenamente a função promocional que lhe corresponde num Estado proclamado como Democrático de Direito de vertente social

De qualquer modo, se aparente a premissa de que o princípio de intervenção mínima precisa ser renovado, o problema está em traçar paradigmas para essa releitura do direito penal. Muitas dúvidas emergem da experiência da potencialização dos efeitos simbólicos do direito penal, que acabam mascarando

³⁷ PUIG, Santiago M. **Direito penal**: fundamentos e teoria do delito. Tradução por Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 85.

³⁸ STF, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 107.638 / PE**. Primeira Turma. Relatora Cármen Lúcia. Julgamento em: 13 de setembro de 2011. Publicado no DJe-187 de 28 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30 nov. 2017. p. 01.

a criminalidade e a fomentando na medida em que neutraliza as necessárias ações preventivas; bem como a perplexidade que suscita a crença de que quando os demais subsistemas de controle social não funcionam, ou o fazem de modo insuficiente, é quando funciona o subsistema penal de controle.

Não se deve nunca olvidar que a intervenção penal não é positiva no infrator. Longe de socializá-lo, estigmatiza, suja e mancha ao invés de limpar. A pena cria na pessoa do delinquente um desvio sugerindo-lhe um comportamento futuro de acordo com seu novo status de condenado. Não é a prática de um crime o obstáculo real à reinserção social, mas o fato de ter sofrido uma pena.

Conforme Luigi Ferrajoli³⁹ ao lado do custo da justiça existe o custo das injustiças, composto por cifra da ineficiência administrativa e cifra da injustiça propriamente dita. Nas suas palavras:

Ao custo da justiça, que depende das escolhas penais do legislador - as proibições dos comportamentos por ele tidos como delituosos, as penas e os procedimentos contra os seus transgressores -, soma-se um altíssimo custo de injustiças, que depende do funcionamento concreto de qualquer sistema penal [cifra de ineficiência]; àquela que os sociólogos chamam “cifra obscura” da criminalidade - formada pelo número de culpados que, submetidos ou não a julgamento, permanecem ignorados e/ou impunes - adiciona-se uma cifra, não menos obscura, mas ainda mais inquietante e intolerável, formulada pelo número de inocentes processados e às vezes punidos [cifra de injustiça].

Prossegue explicando que:

Chamarei “cifra da ineficiência” a primeira e “cifra da injustiça” à segunda, à qual pertencem: a) os inocentes reconhecidos por sentença absolutória, após terem se sujeitado ao processo e, não poucas vezes, à encarceração preventiva; b) os inocentes condenados com sentença definitiva e posteriormente absolvidos em grau de revisão criminal; c) as vítimas, cujo número estará sempre ignorado - verdadeira cifra negra da injustiça - dos erros judiciários não reparados.

Apesar das críticas, não se pode descurar de que o princípio da intervenção mínima segue representando um limite saudável e coerente com a lógica do Estado Democrático de Direito, que tem por missão a busca do bem-estar das pessoas com o menor custo social.

³⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradutores: Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 168.

Mas a definição de um direito penal mínimo como modelo ideal de direito penal trouxe à tona, hodiernamente, a discussão sobre os meios para limitar o poder de punir, desta vez com novas questões. Conforme Jesús-María Silva Sanches⁴⁰, “o direito penal que deve cumprir o fim de reduzir a violência social tem que assumir também, em sua configuração moderna, a finalidade de reduzir a própria violência punitiva do Estado”, sendo que “esta redução tem lugar por duas vias: sobre a base do princípio utilitarista da intervenção mínima e sobre a base dos princípios garantísticos individuais”. Com isso, essa doutrina converte os princípios tradicionalmente conceituados como limites ao *jus puniendi*, em princípios-função do direito penal democrático contemporâneo.

Ademais, com penas privativas de liberdade os sistemas penais não conseguem resolver todos os problemas que os delitos geram na sociedade. Conforme Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde⁴¹:

[...] nenhuma sociedade pode (ou quer) alcançar uma transparência total do comportamento; nenhum sistema normativo aspira descobrir todas as infrações, nem nenhum sistema sancionador garante sua função protetora a base de eliminar todas as infrações normativas. A ignorância da criminalidade “real” desempenha, sem embargo, a função (positiva e estabilizadora) de regular o sistema de controle social e dentro do mesmo o controle jurídico-penal; de dar a impressão de respeito e mostrar sua capacidade de elaboração do conflito.

Disso infere-se que a intervenção Estatal tem que ser mínima e submetida a limites eficazes: uma intervenção seletiva e subsidiária, pois o direito penal significa *ultima ratio*, não a resposta natural e primária ao crime. Deve-se buscar na pessoa do infrator uma real ressocialização e não o transformar num indivíduo que destila seu ódio contra um sistema que o estigmatiza.

Em suma, para quem defende sua restrição à tutela dos direitos individuais, o direito penal nas sociedades eminentemente democráticas, é caracterizado pela intervenção mínima, com fundamento nos princípios da subsidiariedade e fragmentariedade e dos direitos fundamentais, tendo por missão defender os direitos garantidos nos textos constitucionais e nos decorrentes de ampla aceitação na seara internacional. Como “o Estado de Direito na democracia é essencialmente garantístico”, o garantismo penal adquire função de base: além

⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 1992. *Op. cit.*, p. 22.

⁴¹ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, p. 48 (tradução livre).

de funcionar como sustentáculo do direito penal, “leva as garantias positivadas pelo constitucionalismo ao alcance dos indivíduos”⁴².

Existe atualmente uma corrente doutrinária que pretende enfrentar os conflitos emergentes na sociedade do risco com os instrumentos do direito penal, transformando-o num direito penal do risco, ou seja, um direito penal estendido no sentido de abarcar a prevenção da criminalidade, conhecido como “direito penal do inimigo”. Outros, porém, argumentam que tal ativismo acaba por desvincular o direito penal dos seus princípios tradicionais, sugerindo, por isso, outros meios menos rígidos que permitam dar uma resposta adequada e efetiva a este e outros problemas similares: a criação de outro ramo jurídico voltado à tutela dos bens supraindividuais.

No Brasil, muitas leis, normalmente quando dizem respeito a algum fato que tenha provocado grande comoção social, são editadas de supetão. São leis feitas às pressas, muitas vezes sem o cuidado técnico necessário, que, no final, acabam construindo um sistema jurídica “assistemático”, confuso e muitas vezes contraditório. É comum no seio social a frase “a polícia prende e a justiça solta”. Isso vem ocorrendo não só com o Direito Penal. No campo do Processo Penal, encurta-se a distância entre a investigação e o procedimento instrutório. Na área penitenciária, amontoam-se detentos na mais miserável promiscuidade⁴³. Conforme Fernando Capez⁴⁴ a ciência penal:

(...) tem por escopo explicar a razão, a essência e o alcance das normas jurídicas, de forma sistemática, estabelecendo critérios objetivos para sua imposição e evitando, com isso, o arbítrio e o casuismo que decorreriam da ausência de padrões e da subjetividade ilimitada na sua aplicação.

Nos dias de hoje, com a propagação de ocorrências de estupros (Rio de Janeiro tem salto de 24% em notificações de estupro em 2012⁴⁵; casos de

⁴² CARVALHO, Salo de. **Reincidência e antecedentes criminais**: abordagem crítica desde o marco garantista. In: *Revista da Ajuris*, vol. 76. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 1999. p. 752.

⁴³ EVANGELISTA DE JESUS, Damásio. *Op. cit.*, p. 02.

⁴⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 11. ed., vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 01.

⁴⁵ “O caso da turista estrangeira que no dia 30 de março de 2013 foi sequestrada e estuproada por pelo menos três homens após tomar uma van no bairro de Copacabana, zona sul do Rio de Janeiro, não foi um episódio isolado. O número de estupros no Estado cresceu 23,8% em 2012 em relação ao ano anterior” (QUERO, Caio. **Rio de Janeiro tem salto de 24% em notificações de estupro em 2012**. Brasília: BBC Brasil no Rio de Janeiro, atualizado em 01 de abril, 2013. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/04/130329_estupro_rio_cq.shtml>. Acesso em: 30 nov. 2017. p. 01).

estupros coletivos dobram no período de 2011 a 2016 no Brasil⁴⁶; violência dispara no Estado de São Paulo com aumento de 26% dos casos de estupro na Capital⁴⁷), de latrocínios (roubo seguido de morte)⁴⁸, de homicídios dolosos (com a intenção de matar), de chacinas⁴⁹, de tráfico de drogas⁵⁰, de macrocrimes (contra a economia e o meio ambiente), de corrupção e lavagem de dinheiro⁵¹, de

⁴⁶ “Segundo dados do Ministério da Saúde, divulgados dia 20 de agosto de 2017 pelo jornal Folha de São Paulo, o número de notificações de estupros coletivos - registrado pelos hospitais que atendem as vítimas - mais do que dobrou desde 2011, passando de 1.570 para 3.526, em 2016. Trata-se da primeira vez em que se capta o crescimento desse crime no Brasil. Isso porque, na polícia esse tipo de violência sexual, praticada por mais de um agressor, usualmente não era contabilizado em separado de outros casos de estupro. Desde 2011, entretanto, tornou-se obrigatória a notificação por parte de serviços de saúde, públicos ou privados, como hospitais. As informações passaram a ser agrupadas pelo ministério” (VEJA, Da Redação. **Casos de estupros coletivos dobram em cinco anos**: informações do Ministério da Saúde revelam que se registra mais de dez crimes do tipo por dia. Notícia publicada em 20 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/brasil/casos-de-estupros-coletivos-dobram-em-5-anos/>>. Acesso em: 02 nov. 2017. p. 01).

⁴⁷ “A violência no Estado de São Paulo aumentou no primeiro trimestre de 2013 em comparação com o mesmo período de 2012, segundo estatística da Secretaria da Segurança Pública de São Paulo feita com base em ocorrências policiais, divulgada dia 25 de abril de 2013, na Capital. Os latrocínios subiram 18%, de 85 casos para 101. Os homicídios dolosos foram de 1.078 para 1.189, um aumento de 10%. As tentativas de homicídio passaram de 1.452 para 1.547 (6,5%). O número de estupros continua assustador e crescente, passando de 3.063 casos para 3.356, uma alta de 9,5%. Em todo o ano de 2012 foram 12.886 casos. Na Capital, ocorreram 40 latrocínios contra 22, uma elevação de 81%. Os homicídios aumentaram 18%, indo de 258 para 305 casos. As tentativas de homicídio apresentaram a menor elevação: de 354 para 363 (2%). Estupros foram de 688 para 867, uma elevação de 26%. Comparando o número de homicídios na capital com o trimestre anterior (outubro a dezembro de 2012), houve queda de ocorrências, já que aquele foi um período marcada por chacinas praticadas por supostos grupos de extermínio, sobretudo nas periferias da cidade (GOMES, Rodrigo. **Violência dispara no Estado de São Paulo com aumento de 26% dos casos de estupro na Capital**. Publicado em Segunda, 25 de abril 2013. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/cidades/2013/04/estatistica-de-seguranca-publica-indica-aumento-da-violencia-em-sao-paulo>>. Acesso em: 30 nov. 2017. p. 01).

⁴⁸ “Dos treze casos de policiais assassinados na Grande São Paulo no primeiro trimestre de 2013, cinco foram roubos seguidos de morte” (MAGALHÃES, Álvaro. **Latrocínio puxa alta de mortes de Policiais Militares em São Paulo**. Notícia publicada em 13 de maio de 2013. Disponível em: <<http://www.diariosp.com.br/noticia/detalhe/50248/Latrocinio+puixa+alta+de+mortes+de+PMs+em+SP+>>. Acesso em: 30 nov. 2017. p. 01).

⁴⁹ “Onda de violência está ligada a aumento de chacinas na Grande São Paulo, dizem especialistas. [...] Crimes violentos como homicídios dolosos (com intenção de matar), latrocínios (roubos seguidos de mortes) e estupros não só cresceram no período como ajudaram os três primeiros meses de 2013 a se firmarem como o trimestre mais violento nos últimos três anos” (GARCIA, Janaína. **Onda de violência está ligada a aumento de chacinas na Grande São Paulo, dizem especialistas**. In: *Uol* São Paulo, 25 de abril de 2013. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/04/25/onda-de-violencia-esta-ligada-a-aumento-de-chacinas-na-grande-sao-paulo-dizem-especialistas.htm>>. Acesso em: 30 nov. 2017. p. 01).

⁵⁰ “Procuradoria Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Acre confirmou em ato publicado no Diário Oficial do dia 19 de abril de 2013, o aumento de crimes do tráfico de drogas no Acre. Segundo o relatório, o aumento passou de 455 denúncias em 2010 para 713 em 2012. Os números são do Sistema Integrado de Segurança Pública - SIGO (CARIOCA, Jairo. **Ministério Público Estadual confirma aumento de crimes do tráfico de drogas no Acre**. Redação da AC24horas, de 19 de abril de 2013. Disponível em: <<http://www.ac24horas.com/2013/04/19/ministerio-publico-estadual-confirma-aumento-de-crimes-do-trafico-de-drogas-no-acre>>. Acesso em: 30 nov. 2017. p. 01).

⁵¹ “Um levantamento do Conselho Nacional de Justiça revelou que no ano de 2012, os tribunais brasileiros julgaram 1.637 processos por corrupção, lavagem de dinheiro e improbidade administrativa. Cerca de 205 pessoas foram condenadas. Ainda segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, no mesmo período, o Superior Tribunal de Justiça transformou em ação penal 17 denúncias por corrupção e lavagem de dinheiro. De acordo com a Lei brasileira, lavagem de dinheiro é a ocultação da origem, movimentação, de bens, direitos ou valores adquiridos por meio de infração penal” (VASCONCELLOS, Jorge; EUZÉBIO, Gilson Luiz. **Justiça condena 205 por**

terrorismo⁵²; e com a conscientização da sociedade como um todo acerca da amplitude das lesões decorrentes dos riscos produzidos pelo ser humano em suas relações, vêm se desenvolvendo no seio social um inquietante sentimento de insegurança, ao mesmo passo em que se conclama o direito penal para agir com mais amplitude e severidade na presença desses novos riscos sociais⁵³, isto é, demanda-se por um direito penal cada vez mais invasivo dos direitos e garantias

corrupção, lavagem e improbidade em 2012. In: *Agência CNJ de Notícias*, de 15 de abril de 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/60017-justica-condena-205-por-corrupcao-lavagem-eimprobidadeem-2012>>. Acesso em: 02 dez. 2017. p. 01). “Levantamento feito a pedido da GloboNews pesquisou dados de todos os Diários Oficiais da Justiça entre 2007 e 2016, e encontrou 13.806 processos que incluíam a acusação de crime de corrupção, o que significa a abertura de um processo por corrupção a cada seis horas” (SALERNO, Daniela; ARCOVERDE, Leo. **Brasil registra a abertura de um processo por corrupção a cada seis horas, diz estudo**: levantamento feito a pedido da GloboNews pesquisou dados de todos os Diários Oficiais da Justiça entre 2007 e 2016, e encontrou 13.806 processos que incluíam a acusação de crime de corrupção. In: *GloboNews*, São Paulo, 24 de outubro de 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/brasil-registra-a-abertura-de-um-processo-por-corrupcao-a-cada-seis-horas-diz-estudo.ghtml>>. Acesso em: 02 dez. 2017. p. 01). “Os dois atentados na Espanha - em Barcelona e horas depois no balneário de Cambrils, na região da Catalunha - mais uma vez voltaram a atrair as atenções do mundo para a Europa. Desde o início de 2017, ataques desse tipo já deixaram mais de 50 mortos e centenas de feridos no continente” (SALE, Sílvia (dir.). **Os 10 países que concentram 75% dos ataques terroristas no mundo**. In: *BBC Brasil*, de 18 agosto 2017. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/institucional-36202452>>. Acesso em: 02 dez. 2017).

⁵² “O Serviço Europeu de Polícia - Europol detecta aumento de ataques terroristas na Europa em 2012. [...] O Serviço Europeu de Polícia informou nesta quinta-feira que em termos globais houve um aumento dos ataques terroristas na Europa durante 2012, em contraste com os anos anteriores. O Serviço Europeu de Polícia - Europol publicou dia 25 de abril de 2013 seu relatório anual sobre a situação e as tendências do terrorismo na União Europeia - UE, no qual afirma que os piores ataques foram as perpetrados por Mohammed Merad na França (sete mortos) e o realizado no aeroporto búlgaro de Burgas, com um balanço de 14 mortos. Também houve atentados fatais na Bélgica, na França e na Irlanda do Norte, acrescenta o documento. O balanço do terrorismo na União Europeia - UE em números foi de 219 ataques, 537 detenções, 17 pessoas mortas e 400 indivíduos processados por acusações de terrorismo. O coordenador antiterrorista da União Europeia - UE, Gilles De Kerchove, disse que a *Internet* continua sendo uma plataforma chave, especialmente para recrutar jovens europeus” (EFE, Agência de Notícias. **Europol detecta aumento de ataques terroristas na Europa em 2012**. Notícia Publicada em 25 de abril de 2013. Agencia EFE S/A. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/mundo/europol-detecta-aumento-de-ataques-terroristas-na-europa-em-2012,aa198a2ee314e310VgnCLD2000000dc6eb0aRCRD.html>>. Acesso em: 30 nov. 2017. p. 01).

⁵³ “A extensão social característica dos debates clássicos sobre o direito penal foi substituída por uma coincidência geral, ou quase geral, sobre as ‘virtudes’ do direito penal como instrumento de proteção dos cidadãos. Desse modo, nem as premissas ideológicas nem os requerimentos do movimento da lei e da ordem desapareceram, ao contrário, foram se integrando (comodamente) nesse novo consenso social sobre o papel do direito penal” (tradução livre) (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 2001. *Op. cit.*, p. 22-24).

individuais⁵⁴. “Valem-se disso os partidários do Movimento da Lei e da Ordem⁵⁵ advogando medidas repressivas de extrema severidade”⁵⁶.

Destaca-se, juntamente como Damásio de Jesus⁵⁷ e João Marcello de Araújo Júnior⁵⁸, que essa nova filosofia intervencionista do direito penal produz efeitos extremamente negativos à sociedade e pouco perceptíveis, pois “a natureza simbólica e promocional das normas penais incriminadoras, num primeiro plano, causa a “funcionalização do direito penal”, para no momento seguinte se transformar “na mão avançada de correntes extremistas de política criminal”⁵⁹.

Esse comportamento vem sendo percebido no Brasil nas últimas décadas. É notória a influência do Movimento da Lei e da Ordem nas casas legislativas brasileiras que editam leis penais cada vez mais austeras e injustas, atendendo ao clamor social.

2.1.2.

Teoria do direito penal do risco

O direito penal do risco traduz-se na funcionalização intensificada do direito penal, colocando-se no outro extremo da tese da restrição da função penal à tutela

⁵⁴ “É curioso, por outro lado, perceber como no final do século, quando se acreditava no incremento do movimento despenalizador mediante a utilização de técnicas alternativas de controle social cresce o anseio por penas mais elevadas e, de um modo geral, por uma atuação mais draconiana do sistema punitivo como um todo, com prisões provisórias decretadas amiúde, supressão da progressão no regime prisional etc. Afora isto, e por mais paradoxal que possa parecer, é exatamente sob a égide do sistema democrático que está aumentado o espectro de incidência do direito penal. No Brasil, vê-se a reafirmação de uma visão, muito corretamente denominada por Norberto Spolansky de ‘ingênua e mágica, segundo a qual, com o direito penal, podem-se resolver todo o tipo de problemas: desde a proteção da vida até a solução da inflação’. Não é a toa que se observa uma crescente onda criminalizadora expressa tanto em termos da criação de novos tipos penais [...] quanto no clamor pelo recrudescimento das sanções. Acredita-se, ou somos conduzidos a isto, que com mais repressão penal se solucionará o problema da criminalidade” (TORON, Alberto Zacharias. *Op. cit.*, p. 16).

⁵⁵ Originário dos Estados Unidos da América na década de setenta, o *Law and Order* ou “Movimento da Lei e da Ordem” orienta-se, basicamente, no sentido oposto à defesa social. Nas palavras de João Marcello de Araújo Júnior “este movimento, integrado principalmente por políticos com inclinações contrárias às conquistas das organizações de defesa dos direitos humanos, e pela mídia voltada à população econômica e culturalmente menos favorecida, parte do pressuposto de que a criminalidade e a violência encontram-se em limites incontroláveis, e que este fenômeno é fruto de legislação muito branda e dos benefícios excessivos conferidos aos criminosos, pois não têm estes receio de sofrer a sanção” (ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. **Os grandes movimentos da política criminal de nosso tempo**: aspectos. Sistema penal para o terceiro milênio: atos do colóquio Marc Ancel. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 162).

⁵⁶ EVANGELISTA DE JESUS, Damásio. *Op. cit.*, p. 01.

⁵⁷ EVANGELISTA DE JESUS, Damásio. *Op. cit.*, p. 01.

⁵⁸ ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. *Op. cit.*, p. 162.

⁵⁹ EVANGELISTA DE JESUS, Damásio. *Op. cit.*, p. 02.

de direitos individuais. Tem como linha norteadora basilar a ampliação sistemática do campo de atuação do aparato penal, a tutela a bens jurídicos supraindividuais e a flexibilização de critérios de imputação.

Segundo Jorge de Figueiredo Dias⁶⁰ esta tese preconiza a instituição de um direito penal modificado por inteiro, funcionalizado no sentido de atender às exigências próprias da sociedade do risco. Nas suas palavras, implicaria, por primeiro, na “alteração do modo próprio de produção legislativa em matéria penal”, retirando do Poder Legislativo a reserva de competência neste domínio, para atribuí-la ao Poder Executivo; e depois, “na antecipação decidida da tutela penal para estados prévios, e, mesmo ainda muito distantes, da lesão de interesses socialmente relevantes”, mesmo que se corra o risco de, desse modo, se perder o vínculo entre a conduta proibida e o bem jurídico tutelado, “perceptível aos destinatários das normas de proibição”. Por fim, e em consequência, “as alterações dogmáticas radicais no sentido da atenuação ou mesmo do abandono de princípios básicos que presidem à individualização da responsabilidade penal, à imputação objetiva e subjetiva, à autoria, etc.”.

Nas críticas de Jorge de Figueiredo Dias⁶¹ o direito penal do risco traçado nesses moldes, ou seja, baseado na extensão da criminalização, transformaria o direito penal em um mero instrumento de política criminal, pondo em xeque o próprio Estado de Direito⁶².

Trata-se de uma desmedida expansão do poder punitivo, difundida como panaceia para todos os problemas⁶³, sendo apresentada pela classe política não apenas como uma fácil, tanto quanto falsa, resposta aos anseios individuais por

⁶⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. 2004. *Op. cit.*, p. 132.

⁶¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. 2004. *Op. cit.*, p. 132.

⁶² As principais bandeiras defendidas pelo direito penal do risco são: “a) flexibilização do princípio da legalidade (descrição vaga dos crimes e das penas); b) inobservância de princípios básicos como o da ofensividade, da exteriorização do fato, da imputação objetiva etc.; c) aumento desproporcional de penas; d) criação artificial de novos delitos (delitos sem bens jurídicos definidos); e) endurecimento sem causa da execução penal; f) exagerada antecipação da tutela penal; g) corte de direitos e garantias processuais fundamentais; h) concessão de prêmios ao inimigo que se mostra fiel ao Direito (delação premiada, colaboração premiada etc.); i) flexibilização da prisão em flagrante (ação controlada); j) infiltração de agentes policiais; l) uso e abuso de medidas preventivas ou cautelares (interceptação telefônica sem justa causa, quebra de sigilos não fundamentados ou contra a lei); m) medidas penais dirigidas contra quem exerce atividade lícita (bancos, advogados, joalheiros, leiloeiros etc.)” (GOMES, Luiz Flávio. **Críticas à tese do direito penal do inimigo**. Publicado em 15 de outubro de 2004. Disponível em: <http://www.mundolegal.com.br/?FuseAction=Artigo_Detalhar&did=15528>. Acesso em: 29 nov. 2017. p. 01).

⁶³ “Seja como for, o caso é que, em medida crescente, a segurança se converte em uma pretensão social à qual se supõe que o Estado e, em particular, o Direito Penal devem dar resposta” (tradução livre - grifo do autor) (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 2001. *Op. cit.*, p. 40).

segurança, mas até como um pretenso, na mesma medida inviável, “instrumento de transformação social ou de emancipação dos oprimidos”⁶⁴.

O controle social exercido por meio do direito penal do risco incorpora progressivamente estratégias e práticas “que identificam o anunciado enfrentamento de condutas criminalizadas à guerra tornada preventiva ou ao combate a dissidentes políticos nos remanescentes Estados totalitários”. É formado por leis que incorporam ao sistema penal “a criminalização antecipada, tipificando atos preparatórios ou utilizando tipos de perigo abstrato igualmente antecipadores do momento criminalizador”, violando, desta forma, “o princípio da lesividade ou ofensividade da conduta proibida”, nos termos correlatos do qual “uma conduta só pode ser objeto de criminalização quando, concreta e significativamente, afete um bem jurídico relacionado ou relacionável a direitos individuais concretos”⁶⁵.

A prática da “desvinculação do reconhecimento do bem jurídico da afetação de direitos individuais concretos dilui o indivíduo em uma abstrata coletividade”, tornando-o despersonalizado e reconduzindo-o ao papel anônimo de mero “instrumento a serviço de fins que, divorciados da referência individualizada, sacrificam a liberdade e alimentam totalitarismos de todos os matizes”. Nas críticas de Maria Lúcia Karam⁶⁶, o entendimento de que interesses abstratos de uma também abstrata sociedade devessem prevalecer sobre os direitos individuais fundamentais não esconde essa inspiração totalitária. Porém, a sociedade deve ser concretizada, já que “não é algo abstrato, mas sim o conjunto de indivíduos concretos”. Destarte, “os ditos interesses da sociedade só se legitimam quando referidos a bens individualizáveis”.

O direito penal clássico é transformado em direito penal do risco quando desloca para o centro das reflexões dogmáticas a criação ou o aumento dos riscos e absorve a função de garantir a segurança social. Com o escopo de se moldar à sociedade do risco, a política criminal e a dogmática penal expandem o direito penal para admitir bens jurídicos supraindividuais, antecipar a verificação dos comportamentos puníveis e não puníveis, flexibilizar os critérios de imputação, isto é, rejeita o modelo de direito penal repressivo e, portanto, de resultado (depois da

⁶⁴ KARAM, Maria Lúcia. **Expansão do poder punitivo e violação de direitos fundamentais**. Publicado em 10 de novembro de 2006. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 29 nov. 2017. p. 01.

⁶⁵ KARAM, Maria Lúcia. 2006. *Op. cit.*, p. 01.

⁶⁶ KARAM, Maria Lúcia. 2006. *Op. cit.*, p. 01.

conformação do dano), para aderir à antecipação da proteção penal a momentos anteriores à concretização do dano, e em certos casos, ao próprio perigo⁶⁷.

Pablo Rodrigo Alflen da Silva⁶⁸ identifica como características basilares do direito penal do risco: antes de tipificado, o comportamento não é considerado socialmente inadequado e a motivação ética da extensão da criminalização dissociada dos comportamentos violentos.

Inicialmente, o comportamento que vai ser tipificado não é previamente considerado como socialmente inadequado, ao contrário, se criminaliza para que seja considerado como socialmente desvalorado. Com efeito, enquanto no direito penal tradicional as condutas não eram criminalizadas *mala per se*, mas porque se apresentavam como “socialmente inadequadas”; no direito penal do risco, entretentes, são proibidas as condutas para que com isso se tornem socialmente inadequadas⁶⁹. Em síntese, o Estado, de garantidor da segurança jurídica, é transformado em garantidor da segurança dos bens jurídicos.

⁶⁷ “A desmedida expansão do poder punitivo facilitada pelos discursos enganosos que, à direita e à esquerda, reforçam a legitimação do sistema penal, enfraquecem o desejo da liberdade e favorecem a afirmação da autoridade e da ordem, gerando leis penais e processuais penais que sistematicamente afastam princípios garantidores, que sistematicamente desprezam o imperativo primado das declarações universais de direitos e das Constituições democráticas, que sistematicamente negam direitos fundamentais do indivíduo, ameaça a própria sobrevivência do modelo do Estado de Direito Democrático. [...] A efetiva supremacia dos princípios e normas assentados nas declarações universais de direitos e nas Constituições democráticas, a efetiva concretização dos direitos fundamentais, a realização dos fins do Estado de Direito Democrático requerem a inversão das tendências expansionistas do poder punitivo. Requerem a recuperação do desejo da liberdade, a máxima contenção, sem quaisquer concessões, do ampliado poder punitivo, o resgate de um Direito Penal consentâneo com sua natureza essencialmente mínima, o resgate de um processo penal orientado pela supremacia da tutela da liberdade sobre o poder de punir. [...]. Já é hora de romper com os enganosos discursos legitimadores do sistema penal e construir - ou reconstruir - pensamentos e práticas libertários e igualitários, fundados na generosidade, na fraternidade, na honestidade, na tolerância e no desapego verdadeiramente revolucionários. Respeitar e assegurar, em quaisquer circunstâncias, os direitos e garantias fundamentais expressos nas declarações universais de direitos e nas Constituições democráticas. Repudiar todas as formas de totalitarismo. Repudiar proibições, controles, vigilâncias, punições e buscar sempre a liberdade. Perceber que situações, fatos ou condutas negativos, indesejados ou danosos não desaparecem por conta do rigor penal. Perceber que somar ao dano do crime a dor da pena é multiplicar danos. Romper com essa própria ideia de crime, compreendendo a natureza política e a artificialidade de sua definição. Romper com os sentimentos de medo, de vingança e de culpa, que sustentam o clima emocional do sistema penal. Romper com o maniqueísmo que, dividindo as pessoas entre boas e más, impulsiona o desejo da punição e a busca de bodes expiatórios, de culpados individualizados e demonizados. Romper com a monopolizadora, enganosamente satisfatória e violenta reação punitiva. Buscar o fim da desigualdade e da exclusão. Buscar alimentação saudável, habitação confortável, educação de boa qualidade, lazer, cultura, dignidade, bem-estar para todas as pessoas. Deixar os medos, as inseguranças e o egoísmo de lado e buscar o convívio, a solidariedade, a compreensão, a compaixão. Deixar de lado os pragmatismos imediatistas e reacender os ideais transformadores. Com imaginação e muito debate, iremos encontrando os meios compatíveis com os fins. O primeiro passo é estabelecer os compromissos e deles não se afastar. O segundo passo é não hesitar em desejar o que pode parecer impossível” (KARAM, Maria Lúcia. 2006. *Op. cit.*, p. 01).

⁶⁸ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Características de um direito penal do risco**. In: *Jus Navigandi*, ano 12, nº 1816. Teresina, 21 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11390>>. Acesso em: 20 nov. 2017. p. 01.

⁶⁹ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Op. cit.*, p. 01.

Em segundo lugar, a motivação ética da extensão da criminalização não está associada aos comportamentos violentos, mas a comportamentos cujas consequências transcendem a criminalidade clássica violenta e cuja periculosidade não é algo evidente. Nesse sentido, “o princípio da proteção dos bens jurídicos transforma-se de uma estrita proibição de punição em um mandato de punição, de um critério negativo em um critério positivo de autêntica criminalização”. O direito penal do risco é moderno também no que diz respeito ao modo como é compreendido e legitimado. No entanto, na medida em que a ideia de risco surge como pressuposto de decisão, a imagem do indivíduo que o direito penal do risco toma por base é a do “sujeito racional que decide”, teoricamente expressada “segundo a ótica sociológica do risco”⁷⁰.

Manuel Cancio Meliá⁷¹ resume as características principais da política criminal praticada nos últimos anos no conceito de “expansão do direito penal”, que se traduz ao final, no direito penal do risco. Com efeito, no momento atual, o fenômeno mais destacado na evolução das legislações penais do mundo ocidental está no aparecimento de múltiplas novas figuras, às vezes incluso novos setores de regulação, acompanhada de uma atividade de reforma de tipos penais já existentes realizada a um ritmo muito superior às das épocas anteriores.

O ponto de partida da análise desse fenômeno expansivo está na colocação pelo legislador penal, de um conjunto de novos tipos no entorno do elenco nuclear de normas penais sob a perspectiva dos bens jurídicos clássicos, que constituem uma espécie de “criminalização em estágio prévio” a lesões de bens jurídicos, cujos marcos estabelecem sanções desproporcionalmente severas. Na síntese de Manuel Cancio Meliá⁷² na evolução atual tanto do direito penal material como do direito penal processual, cabe constatar tendências que, em seu conjunto, fazem aparecer no horizonte político-criminal os traços de um direito penal do risco, de características antiliberais.

Esse desenvolvimento expansivo do direito penal para os riscos contemporâneos é resumido pelo supracitado autor⁷³ em dois fenômenos: o direito penal simbólico e o ressurgimento do punitivismo.

⁷⁰ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Op. cit.*, p. 01.

⁷¹ Manuel Cancio Meliá in JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Op. cit.*, p. 62-64.

⁷² Manuel Cancio Meliá in JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Op. cit.*, p. 64.

⁷³ “Em primeiro lugar se trata de esboçar uma imagem mais concreta desta evolução político-criminal atual. Desde a perspectiva aqui adotada, este desenvolvimento pode resumir-se em dois fenômenos: o chamado ‘Direito Penal Simbólico’ e o que pode denominar-se de ‘ressurgir do punitivismo’. Em todo caso, deve-se enfatizar, desde o princípio, que estes dois conceitos somente identificam aspectos fenotípico-setoriais da evolução global e não aparecem de modo clinicamente ‘limpo’ na realidade legislativa. Ambas as linhas de evolução, a ‘simbólica’ e a ‘punitivista’ [...] constituem a linhagem do Direito Penal do Inimigo. Somente levando em conta esta filiação na política criminal

A utilização da expressão “direito penal simbólico” serve para fazer referência a que determinados agentes políticos utilizam normas penais com o objetivo único de dar a “impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido”, ou seja, que predomina uma função latente sobre a manifesta⁷⁴.

No entanto, o direito penal do risco não se resume à promulgação de normas penais meramente simbólicas. Além de figurar como instrumento para produzir tranquilidade mediante o mero ato de promulgação de normas evidentemente destinadas a não serem aplicadas, existe o processo de criminalização, por meio da introdução de normas penais novas com a intenção de promover sua efetiva aplicação ou de endurecer as penas para normas já existentes.

Deste modo, verifica-se no debate político criminal a existência de um verdadeiro clima punitivista: “o recurso a um incremento qualitativo e quantitativo no alcance da criminalização como único critério político-criminal; um ambiente político-criminal que, desde logo, não carece de antecedentes”. Neste sentido, evidencia-se, no que se refere ao direito penal positivo, que a tendência atual do legislador é a de reagir, na luta contra a criminalidade, com um incremento das penas previstas⁷⁵.

Cornelius Prittwitz⁷⁶ destaca que o direito penal do risco e o direito penal do inimigo “não são dois conceitos independentes um do outro; direito penal do inimigo não é uma expressão que está na moda, e que apenas substitui outra expressão que está na moda - o direito penal do risco”. No seu pensar, o direito penal do risco descreve “uma mudança no modo de entender o direito penal e de agir dentro dele” enquanto que o direito penal do inimigo “é a consequência fatal e que devemos repudiar com todas as forças de um direito penal do risco que se desenvolveu e continua a se desenvolver na direção errada”.

Ressalte-se que os fenômenos do direito penal simbólico e do punitivismo não são suscetíveis de serem nitidamente separados, mais que isso, relacionam-se intimamente, formando o direito penal do risco, que tem como elementos

moderna, será possível apreender o fenômeno que aqui interessa” (tradução livre) (Manuel Cancio Meliá in JAKOBS; MELIÁ, 2003, p. 64-65).

⁷⁴ Manuel Cancio Meliá in JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Op. cit.*, p. 68.

⁷⁵ “Por estes processos de criminalização - e isto não é novo - em muitas ocasiões são produzidas, por meio de coordenadas políticas distintas, a distribuição de regras tradicionais que poderia resumir-se na seguinte fórmula: esquerda política-demanda de descriminalização/direita política-demanda de criminalização. Neste sentido, parece que se trata de um fenômeno que supera, em muito, o tradicional populismo na legislação penal” (tradução livre) (Manuel Cancio Meliá in JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Op. cit.*, p. 70-71).

⁷⁶ PRITTWITZ, Cornelius. **O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal.** In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 47. p. 31-45. São Paulo: RBCrim/RT, mar./abr, 2004. p. 31-32.

principais: um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva, cujo ponto de referência é um acontecimento futuro, em vez de respectiva como é habitual, que tem como ponto de referência um ato cometido; as penas previstas são desproporcionalmente altas; e determinadas garantias processuais são relativizadas ou mesmo suprimidas⁷⁷.

Em suma, a principal característica da expansão do direito penal na sociedade do risco é flexibilização de garantias.

2.1.3.

Via intermediária: dogmática criminal dualista

Uma via intermédia colocada entre a restrição do direito penal à tutela dos direitos individuais e o direito penal do risco pretende responder ao problema do paradigma moderno do direito penal por meio de “uma política e de uma dogmática criminais duais ou dualistas”. Essa dogmática penal dualista se encaixa dentro da epígrafe da “expansão do direito penal”⁷⁸.

A pretensão da dogmática criminal dualista é, de um lado, manter a existência de um cerne do direito penal, sobre o qual os princípios do direito penal clássico, direcionado à tutela subsidiária de bens jurídicos individuais, “assente na individualização da responsabilidade e conseqüentemente na ação, na imputação objetiva e subjetiva, na culpa e na autoria também puramente individuais”, permaneçam inflexíveis e imodificáveis; e de outro lado, deve existir uma “periferia jurídico-penal, especificamente dirigida à proteção contra os grandes e novos riscos, onde aqueles princípios se encontrem amortecidos ou mesmo transformados, dando lugar a outros princípios, de flexibilização controlada”, sendo que esses outros princípios se assentam na “proteção antecipada de interesses coletivos mais ou menos indeterminados, sem espaço, nem tempo, nem autores, nem vítimas, definidos ou definíveis e, por conseguinte, numa palavra, de menor intensidade garantística”⁷⁹.

Em todo caso, esses princípios, embora flexíveis, ainda pertenceriam formalmente ao direito penal, apesar de “substancialmente aparentados com os

⁷⁷ Günther Jakobs in JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Op. cit.*, p. 79-81.

⁷⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. 2004. *Op. cit.*, p. 133.

⁷⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. 2004. *Op. cit.*, p. 134.

princípios do direito sancionatório de caráter administrativo”⁸⁰. Desse modo, segundo Jesús-María Silva Sánchez⁸¹ “os comportamentos ameaçados com penas privativas de liberdade deveriam ser imputados, por razões óbvias de defesa dos direitos, liberdades e garantias, ao núcleo duro (clássico) do direito penal, não à sua periferia flexível”.

Trata-se do que Sánchez⁸² define como o “direito penal a duas velocidades”: uma velocidade formalista e garantista direcionada ao ilícito penal cuja pena cominada é a privativa de liberdade e uma segunda velocidade menos formal, abrangendo os crimes que comportam como sanção outras penas, alternativas à prisão.

O direito penal de primeira velocidade é aquela parte dura, neural do direito penal clássico das garantias constitucionais. A aplicação da das penas privativas de liberdade acontecem como *ultima ratio*, sempre combinadas com as garantias constitucionais. O direito penal clássico ou de primeira velocidade é representado pela “prisão”, se mantendo rigidamente atendo aos princípios político-criminais clássicos, às regras de imputação e aos princípios processuais⁸³.

Já o direito penal de segunda velocidade ou “direito penal reparador”, se caracteriza pela “substituição da pena de prisão por penas alternativas”, a exemplo das penas restritivas de direito, das penas pecuniárias, e outras, “que delimitam a vida do criminoso e impõem obrigações, proporcionalmente ao mal causado”. No direito penal de segunda velocidade acontece uma relativização das garantias penais e processuais penais, como acontece, por exemplo, com o instituto da transação penal (artigo 76, da Lei dos Juizados Especiais⁸⁴). Outro

⁸⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”**. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 33, p. 39. São Paulo: RBCrim/RT, jan. 2001. p. 39.

⁸¹ Jesús-María Silva Sánchez *apud* DIAS, Jorge de Figueiredo. 2001. *Op. cit.*, p. 39.

⁸² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 2001. *Op. cit.*, p. 149 e ss.

⁸³ DINIZ, Antônio. **Velocidades do direito penal**: primeira à quinta velocidade. Publicado em 09 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://dinizdicas.blogspot.com.br/2016/09/velocidades-do-direito-penal-primeira.html>>. Acesso em: 03 nov. 2017. p. 01.

⁸⁴ “Artigo 76: havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. Parágrafo 1º: nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade. Parágrafo 2º: não se admitirá a proposta se ficar comprovado: I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida. Parágrafo 3º: aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz. Parágrafo 4º: acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos. Parágrafo 5º: da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no artigo 82 desta Lei. Parágrafo 6º: a imposição da sanção de que trata o parágrafo 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados

exemplo esclarecedor é o artigo 28, da Lei de Drogas⁸⁵. O direito penal de segunda velocidade é um “direito penal representado pela ‘não prisão’”⁸⁶.

No Brasil, o direito penal de segunda velocidade “começou a ser introduzido com a Reforma Penal de 1984 (Lei de Execução Penal - Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984⁸⁷) e se consolidou com a edição da Lei dos Juizados Especiais - Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995”⁸⁸.

Desse modo, a concepção de direito penal a duas velocidades pressupõe a existência de dois tipos de ilícitos penais: os punidos com pena de prisão e aqueles punidos com alternativas à pena de prisão. Os procedimentos para apuração desses crimes também são diferentes entre si. No caso de crimes que comportam pena de privação da liberdade, o processo deve ser pautado nos princípios fundamentais garantistas, levando-se em conta que a prisão é uma das medidas mais aflitivas aplicadas ao ser humano, com efeitos nefastos em sua vida. Por outro lado, aos crimes que comportam alternativas, é possível uma maleabilidade maior na aplicação das garantias processuais penais. Assim para Jesus-Maria Silva Sánchez, existem dois direitos penais, um formal e outro menos formalista⁸⁹.

propor ação cabível no juízo cível” (BRASIL, Legislação. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 05 nov. 2017).

⁸⁵ “Artigo 28: quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Parágrafo 1º: às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. Parágrafo 2º: para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. Parágrafo 3º: as penas previstas nos incisos II e III do *caput* deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de cinco meses. Parágrafo 4º: em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do *caput* deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de dez meses. Parágrafo 5º: a prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas. Parágrafo 6º: para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o *caput*, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a: I - admoestação verbal; II - multa. Parágrafo 7º: o juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado” (BRASIL, Legislação. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>. Acesso em: 05 nov. 2017).

⁸⁶ DINIZ, Antônio. *Op. cit.*, p. 01.

⁸⁷ BRASIL, Legislação. **Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em: 21 dez. 2017.

⁸⁸ EVANGELISTA DE JESUS, Damásio. 2008. *Op. cit.*, p. 01.

⁸⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. 2001. *Op. cit.*, p. 149.

Para Jorge de Figueiredo Dias⁹⁰ o “direito penal a duas velocidades” não tem futuro porque se trata de um direito equivocado e, em definitivo, inadequado “à resolução dos problemas penais específicos postos pela sociedade do risco”.

O citado jurista português reconhece que algumas das dificuldades dogmáticas suscitadas quando se quer assinalar ao direito penal uma função de contenção de megarriscos que ameaçam a humanidade, seriam sanadas pela dogmática penal dualista, contudo, também se preocupa com o fato de que persistiria a contradição (existente também na Escola de Frankfurt), de impedir a aplicação das penas mais graves e de maior eficácia preventiva (se privativas da liberdade), exatamente contra condutas dotadas de maior potencial de risco para os bens jurídicos mais importantes da humanidade. Prossegue argumentando que a dogmática penal dualista, quando pensada para a sociedade do risco, além de ficar ao menos parcialmente, de novo, a um passo da “burla de etiquetas”, acaba trazendo para o direito penal “dois paradigmas diferentes e incompatíveis”, o que a curto prazo poderá conduzir ao domínio de um sobre o outro, ou mesmo ao esmagamento de um pelo outro, “sob a forma, muito provavelmente, de uma invasão incontrolável do ‘cerne’ pela ‘periferia’”⁹¹.

Jesús-María Silva Sánchez⁹² ao apresentar sua teoria do direito penal de duas velocidades, recorda que diante dos fenômenos não muito atraentes que redundam na progressiva expansão do direito penal, existem doutrinadores que pretendem a volta do direito penal liberal, um direito desenhado para proteger os bens jurídicos individuais, com estreita vinculação pelos princípios de garantia. A intenção que norteia tal proposta é a de recuperar sua configuração como um direito estrito de garantia dos indivíduos frente à intervenção estatal coativa.

Outros, porém, sem chegar a propor uma redução radical do direito penal à proteção da vida, da saúde, da liberdade do patrimônio, sugerem que a maioria dos fenômenos expansivos do direito penal deveria ser reconduzida ao direito administrativo sancionador⁹³.

No seu entender, entre um direito penal amplo e flexível (direito penal máximo) e um direito penal mínimo e rígido, deve haver um ponto médio que agregue tanto a funcionalização quanto o garantismo. Desta feita, trata-se de salvaguardar o modelo tradicional de imputação e de princípios para o núcleo duro dos delitos passíveis de pena de prisão. Por outro lado, a propósito do Direito Econômico, por exemplo, caberia uma flexibilização controlada das regras de

⁹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. 2004. *Op. cit.*, p. 134.

⁹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. 2004. *Op. cit.*, p. 134.

⁹² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 2001. *Op. cit.*, p. 149.

⁹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 2001. *Op. cit.*, p. 149.

imputação (responsabilidade penal dos entes coletivos, ampliação dos critérios de autoria ou de comissão por omissão, dos requisitos de vencibilidade do erro) como também dos princípios político-criminais (o princípio da legalidade e o mandato de determinação do princípio de culpabilidade). Estes princípios são suscetíveis, com efeito, de uma acolhida gradativa e, de igual modo como acontece hoje entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, não teriam razões para serem integrados em idêntica medida nos níveis de direito penal, com ou sem penas de prisão⁹⁴.

Ainda consoante o suprarreferido autor⁹⁵, pode existir uma terceira velocidade que mescla as duas velocidades anteriores no sentido de que existe uma flexibilização dos princípios e regras clássicos do direito penal em crimes a que, diferentemente, da segunda velocidade, se comina a privação da liberdade.

Depois de desenvolver sua tese do direito penal a duas velocidades, o citado autor⁹⁶ indaga, então, se é possível a existência de uma terceira velocidade, “na qual o direito penal *de la cárcel* concorra com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais”. Em seus estudos verifica que já existe sim um direito penal de terceira velocidade, que abarca o direito penal socioeconômico, mas entende que, neste caso, seu âmbito deve reconduzir-se, ora à primeira, ora a segunda velocidade. Isso não significa, contudo, que não há espaço para um direito penal de terceira velocidade, ainda mais se for levado em conta pelo menos a existência de crimes patrimoniais profissionais, de crimes sexuais violentos e reiterados, de crimes organizados, de terrorismo, delitos esses que ameaça, que ameaçam minar os fundamentos da sociedade constituída em Estado. Sem negar que o espaço da terceira velocidade do direito penal deveria ser bastante reduzido, o autor em comentário acolhe com reservas a opinião de que a existência de um espaço de direito penal de privação da liberdade com regras de imputação e processuais menos estritas que as de direito penal da primeira velocidade é “seguramente, em alguns âmbitos excepcionais e por tempo limitado, inevitável”.

O direito penal de terceira velocidade, conforme Sánchez⁹⁷, é o mesmo direito penal do inimigo, que se contrapõe ao direito penal dos cidadãos, no qual as sanções são penas privativas de liberdade, só que muito mais rigorosas e, ao

⁹⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 2001. *Op. cit.*, p. 159-160.

⁹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 2001. *Op. cit.*, p. 163.

⁹⁶ “La pregunta que hay que plantear, en fin, es la de si puede admitirse una «tercera velocidad» del Derecho penal, en la que el derecho penal de la cárcel concorra con una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 2001. *Op. cit.*, p. 163-164).

⁹⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 2001. *Op. cit.*, p. 164.

mesmo tempo, abarcaria um procedimento menos formalista, mais flexível, na medida em que o “inimigo” não é tratado como cidadão. É assim que a terceira velocidade faz a junção dos preceitos das duas velocidades anteriores.

Conforme Damásio de Jesus⁹⁸, o direito penal da terceira velocidade, que se refere a uma mescla das citadas características do direito penal, ou seja, “utiliza-se da pena privativa de liberdade, como o faz o direito penal de primeira velocidade, mas permite a flexibilização de garantias materiais e processuais, o que ocorre no âmbito do Direito Penal de segunda velocidade.

Antônio Diniz⁹⁹ destaca que o direito penal de terceira velocidade “ficou marcado pelo resgate da pena de prisão por excelência, além de flexibilizar e suprimir diversas garantias penais e processuais penais”. Funciona como uma junção das duas velocidades já tratadas, na medida em que faz uso da pena privativa de liberdade (primeira velocidade), ao mesmo tempo em que permite a flexibilização de garantias materiais e processuais (segunda velocidade).

É nessa terceira velocidade do direito penal que “se expande o direito penal do inimigo ou inimigos do direito penal, consistindo num direito de emergência, de exceção”¹⁰⁰. O inimigo seria a pessoa que não aceita se submeter às regras sociais, considerado não cidadão. Desse modo, de um lado fica o cidadão, que tem direitos e garantias individuais constitucionalmente assegurados; e, de outro, o inimigo, que por ser um não cidadão tem aqueles direitos flexibilizados ou eliminados, vale dizer, não pode ser tratado pelo Estado como cidadão. Podem ser tidos como exemplos de direito penal do inimigo a interceptação telefônica sem prazo; a caneleira eletrônica; a Lei dos Crimes Hediondos, a Lei do Crime Organizado, dentre outros.

Além dessas três velocidades, mais uma é identificada pela doutrina mais recente, embora já existente antes mesmo de ser assim classificada. Trata-se da quarta velocidade do direito penal.

A quarta velocidade do direito penal está ligada ao direito internacional e fundamenta-se na predominância dos princípios com força normativa. Incide sobre crimes que afrontam tratados internacionais, especialmente os que tutelam direitos humanos, cuja aplicação desse direito é feita pelo Tribunal Penal Internacional. Aqui também ocorre diminuição das garantias individuais penais e processuais penais dos réus, geralmente chefes de Estado. Têm-se como

⁹⁸ EVANGELISTA DE JESUS, Damásio. 2008. *Op. cit.*, p. 01.

⁹⁹ DINIZ, Antônio. *Op. cit.*, p. 01.

¹⁰⁰ DINIZ, Antônio. *Op. cit.*, p. 01.

exemplos os crimes de “lesa humanidade” (genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e os crimes de agressão)¹⁰¹.

2.2.

Direito penal do inimigo: fórmula de combate aos indivíduos “perigosos”

O direito penal do inimigo, também denominado de “direito penal do não cidadão” expressão criada por Günther Jakobs em 1985, recebeu novo fôlego no início desse século, devido aos sucessivos ataques suicidas que foram direcionados contra alvos civis norte-americanos, no 11 de setembro de 2001 e seus posteriores eventos similares. O conceito de inimigo do Estado já existia no direito romano, que assim definia o inimigo político, que deixava de pertencer à comunidade, podendo inclusive ser declarado inimigo público no caso de ameaça à segurança da ordem política¹⁰²:

No direito romano, o conceito de inimigo podia ser encontrado em duas vertentes: na primeira, surge a figura do *inimicus*, compreendida apenas como um inimigo pessoal. O inimigo político emerge com a ideia de *hostis*, ao qual sempre existe a possibilidade de se declarar guerra e, com isso, negar de forma absoluta a compreensão do outro - o inimigo - como ser¹⁰³.

O marco mais recente da idealização de novas políticas criminais foram os atentados de 11 de setembro de 2001, quando se passou a repensar sobre as garantias processuais de “inimigos do Estado”, com fundamento punitivo não no crime, mas no seu autor, inserindo na sistemática do direito penal a figura do “não cidadão”, “inimigo do cidadão”, “inimigo do Estado”.

¹⁰¹ DINIZ, Antônio. *Op. cit.*, p. 01.

¹⁰² GERLACK NETO, Martinho Otto. **O direito penal das velocidades**. Artigo publicado em 2007. Disponível em: <http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/9QA16cjm4CBnEH_2014-12-15-19-0-56.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2017. p. 01.

¹⁰³ COSTA, Fernanda Otero. **Aquém da paz e além da guerra**: uma análise jurídica e sociológica do direito penal do inimigo. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 94. p. 57-85. São Paulo: RBCCrim/RT, jan./fev. 2012. p. 57.

2.2.1.

A concepção de inimigo

O direito penal do inimigo, na sua teoria originária desenvolvida pelo jurista alemão Günther Jakobs em 1985, disseminada pelo mundo a partir da década de noventa e reintroduzida ou reavivada com força gigantesca depois dos atentados contra os norte-americanos em 11 de setembro de 2001, considera o inimigo como *res* (coisa), anulado da sociedade, não mais considerado cidadão e, portanto, deixa de ser sujeito de direitos, inclusive de direitos processuais, ou seja, contra o “inimigo” aplica-se procedimentos de “guerra”, não se justificando o emprego de um procedimento penal legítimo.

Pela teoria do direito penal do inimigo, contra esse tipo de ameaça, de quem tem um comportamento pessoal que causa insegurança à sociedade, deve incidir um direito penal preventivo, observando o perigo que o não cidadão representa para o futuro.

Ao longo da história, principalmente nos governos absolutistas, o poder político sempre discriminou os “cidadãos” dos “não cidadãos” ou “inimigos da sociedade”. Porém, essa prática já não é compatível com a atual teoria política do Estado de Direito. No entanto, parte da doutrina jurídico-penal vem se dedicando em dar justificção científica ao tratamento diferenciado entre cidadãos do bem e seres humanos privados do caráter de pessoas, eis que considerados inimigos da sociedade. Esta é a base fundante do direito penal do inimigo.

Com a substituição do Estado absolutista pelo Estado de Direito, as discussões envolvendo o Direito Penal se traduziam nas disputas entre políticas abolicionistas e reducionistas. Contudo, os acontecimentos terroristas dos últimos anos fizeram surgir o debate da expansão do poder punitivo, girando em torno do tema “inimigo da sociedade”.

Ao tratar do tema, Eugênio Raúl Zaffaroni¹⁰⁴ explica que “a essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o Direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho”.

Ressalte-se que quando se propõe estabelecer a distinção entre cidadãos (pessoas) e não cidadãos (inimigos), se faz referências a seres humanos

¹⁰⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Inimigo do direito penal**. Coleção Pensamento Criminológico, nº 14. Co-edição: Instituto Carioca de Criminologia Direito. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 18.

(pessoas) que são privados de certos direitos individuais, tornando-se “não pessoas”, similares a “coisas”.

Para Günther Jakobs¹⁰⁵, o inimigo é um indivíduo que, pelo seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente, mediante sua vinculação a uma organização, abandonou o direito de uma forma supostamente durável e não apenas de modo incidental. De qualquer modo, é alguém que não garante a mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta este déficit através de sua conduta. Então, as características do direito penal do inimigo seriam: a ampla antecipação da proteção penal, vale dizer, a mudança de perspectiva do fato passado para um futuro; a ausência de uma redução de pena correspondente à dita antecipação; o trânsito da legislação jurídico-penal à legislação de luta; e a flexibilização das garantias processuais, inclusive desconsiderando-as totalmente.

Porém, para Jesús-María Silva Sánchez¹⁰⁶ se a principal característica do inimigo é o abandono duradouro do direito penal e a ausência da mínima segurança cognitiva em sua conduta, então parece que o modo de o afrontar seria o recurso a meios de asseguramento cognitivo que não teriam a natureza de penas. No caso, o trânsito do cidadão ao inimigo se daria pela reincidência, pela habitualidade, pela profissionalização delitiva e pela integração em organizações delitivas estruturadas. E nesse trânsito, para além do significado de cada fato delitivo concreto, se manifestaria uma dimensão fática de periculosidade. O direito do inimigo seria, então, acima de tudo o direito das medidas de segurança aplicáveis a imputáveis perigosos. Não haveria, então, um direito penal do inimigo em sentido estrito¹⁰⁷.

Define-se como “inimigo” todo aquele que “reincide persistentemente na prática de delitos ou que comete crimes que ponham em risco a própria existência do Estado”, a exemplo do terrorista. A justificativa está no argumento de que “aquele que se recusa a entrar num Estado de cidadania não pode usufruir das prerrogativas inerentes ao conceito de pessoa”. Assim, “se um indivíduo age dessa forma, não pode ser visto como alguém que cometeu um erro, mas como

¹⁰⁵ Günther Jakobs *apud* SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 2001. *Op. cit.*, p. 164.

¹⁰⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 2001. *Op. cit.*, p. 164-165.

¹⁰⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 2001. *Op. cit.*, p. 165.

aquele que deve ser impedido de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação”¹⁰⁸. Na síntese de Luiz Flávio Gomes¹⁰⁹, os inimigos ao:

(...) criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas. Em poucas palavras, é inimigo quem se afasta de modo permanente do direito e não oferece garantias cognitivas de que vai continuar fiel à norma.

O âmbito dos inimigos, caracterizado pela ausência da segurança cognitiva mínima das condutas, demonstra em alguns casos uma dimensão adicional, complementar, de negação frontal dos princípios políticos ou socioeconômicos básicos do atual modelo de convivência humana. Em casos dessa natureza (crime de Estado, terrorismo, crime organizado, corrupção) surgem dificuldades adicionais de persecução e prova.

Por isso, nestes âmbitos, a conduta delitiva não apenas desestabilizaria uma norma em concreto, mas também todo o direito como tal, tornando, logo, mister a questão do incremento de penas de prisão, ao mesmo tempo em que, relativizar-se-iam as garantias substantivas e processuais. De qualquer modo, Sánchez¹¹⁰ adverte que seu direito penal da terceira velocidade não pode se manifestar senão como instrumento de abordagem de fatos de emergência, sendo expressão de uma espécie de “direito de guerra”, e, no qual a sociedade, diante da gravidade da situação excepcional de conflito, renuncia de modo qualificado a suportar os custos da liberdade de ação.

Constatada a existência real de um direito penal com essas características, que possa ser visível e identificável de forma simples e clara, a discussão fundamental versa sobre sua legitimidade, embasada em considerações de absoluta necessidade, subsidiariedade e eficácia num marco de emergência. Todavia, permanece a questão de se indagar se o direito penal do inimigo segue sendo um direito, ou se trata de um não direito, uma reação defensiva de fato frente a sujeitos excluídos. No caso de reações estritamente necessárias para lidar com fenômenos excepcionalmente sérios, que podem ser justificados em

¹⁰⁸ EVANGELISTA DE JESUS, Damásio. Direito penal do inimigo: breves considerações. In: Jus Navigandi, Teresina, ano 12, nº 1653, 10 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10836>>. Acesso em: 20 nov. 2017. p. 01.

¹⁰⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)**. In: *Jurídica Eletrônica Unicoc*, nº 02, out. 2005. Disponível em: <http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2017. p. 01.

¹¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 2001. *Op. cit.*, p. 165.

termos de proporcionalidade e que não ofereçam risco de contaminação do direito penal, caberia admitir que, embora no caso do direito penal da terceira velocidade se está diante de um mal, este pode ser um mal menor. Mas parece claro que esta justificação obriga uma revisão permanente e especialmente intensa da concorrência os pressupostos de regulações dessa índole. Na opinião do retrocitado jurista¹¹¹ isso não está acontecendo, na medida em que os Estados estão aplicando o direito penal do inimigo com base no argumento de uma emergência que já virou permanente. Em razão disso, é bem possível que o círculo de incidência do direito penal do inimigo tenderá, mesmo que ilegitimamente, a se estabilizar e a crescer.

Sendo o inimigo uma “não pessoa”, o direito penal do inimigo não precisa respeitar os princípios do direito penal de garantias acolhidos pelo Estado Constitucional e Democrático de Direito. Com efeito, “o indivíduo que não admite ingressar no estado de cidadania, não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa”. Por conseguinte, o inimigo “não é um sujeito processual, logo, não pode contar com direitos processuais, como, por exemplo, o de se comunicar com seu advogado constituído”¹¹².

Ao tratar desta matéria, Miguel Juarez R. Zaim¹¹³ assevera que o inimigo, para o direito penal do inimigo, “é uma não pessoa, a qual o Estado visa combater e neutralizar, a ele não são previstos os direitos e garantias processuais a que os cidadãos têm direito”. Com efeito, “o inimigo não pode ser tratado como sujeito processual”, eis que com seus medos e instintos pode colocar em risco a tramitação ordenada do processo. São esses os argumentos justificantes para não prever, no curso do processo, diversos direitos concedidos ao cidadão, a exemplo do acesso aos autos do inquérito policial, de solicitar a prática de provas, de se comunicar com o defensor e de assistir aos interrogatórios e, no tocante à presente pesquisa, à vedação à autoincriminação e ao direito ao silêncio.

Demais disso, são admitidas provas obtidas por meios tidos como ilícitos contra o “inimigo”, como as escutas telefônicas sem autorização judicial ou que extrapolam seu prazo, as investigações secretas e o flagrante preparado. Por fim, enquanto que num processo penal ordenado a prisão preventiva é exceção, no caso do direito penal do inimigo passa a ser regra. No direito penal do inimigo o direito processual é substituído pelo procedimento de guerra.

¹¹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 2001. *Op. cit.*, p. 166-167.

¹¹² GOMES, Luiz Flávio. 2005. *Op. cit.*, p. 01.

¹¹³ ZAIM, Miguel Juarez R. **Direito penal do inimigo**. Artigo publicado em 2004. Disponível em: <http://www.legocursos.com.br/artigos_detalle.php?id=5>. Acesso em: 29 nov. 2017. p. 01.

Para Eugênio Raúl Zaffaroni¹¹⁴, manifestamente contrário à teoria do direito penal do inimigo:

Na medida em que se trata um ser humano como algo meramente perigoso e, por conseguinte, necessitado de pura contenção, dele é retirado ou negado o seu caráter de pessoa, ainda que certos direitos (por exemplo, fazer testamento, contrair matrimônio, reconhecer filhos etc.) lhe sejam reconhecidos. Não é a quantidade de direitos de que alguém é privado que lhe anula a sua condição de pessoa, mas sim a própria razão em que essa privação de direitos se baseia, isto é, quando alguém é privado de algum direito apenas porque é considerado pura e simplesmente como um ente perigoso.

Na sequência, o citado autor informa que o direito penal do século passado “teorizou admitindo que alguns seres humanos fossem perigosos e só por isso devem ser segregados ou eliminados”, coisificando esses indivíduos ocultando esse fato com discursos racionalistas¹¹⁵.

O que se discute, hodiernamente e, em particular, no presente, é se pode ser admitido o conceito de inimigo no direito do Estado de Direito, considerando como tal:

(...) aquele que é punido só em razão de sua condição de ente perigoso ou daninho para a sociedade, sem que seja relevante saber se a privação dos direitos mais elementares à qual é submetido (sobretudo, a sua liberdade) seja praticada com qualquer outro nome diferente do de *pena*, e sem prejuízo, tampouco, de que se lhe reconheça um resíduo de direito mais ou menos amplo.

O direito penal do inimigo pressupõe o “direito penal do cidadão”. Trata-se, portanto, como já visto, de duas espécies de direito penal: um limitado e outro ampliado.

O direito penal do cidadão é o direito penal garantista ou direito penal propriamente dito. É aquele aplicado a todas as pessoas que praticam algum ato legalmente tipificado como delituoso, mas que não chegam a representar perigo ao Estado. Quando um cidadão comum comete um delito, se afasta temporariamente da observância da lei, ou seja, descumpre na prática uma norma penal abstrata. O fato de ter desobedecido à lei, porém, não o transforma em inimigo da sociedade. Mesmo cometendo um “deslize”, o cidadão delinquente tem

¹¹⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. 2007. *Op. cit.*, p. 18.

¹¹⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. 2007. *Op. cit.*, p. 19.

o direito de ser respeitado como pessoa e de que lhe sejam asseguradas todas as garantias penais e processuais plasmadas no texto constitucional.

Já o direito penal do inimigo não tem como elemento caracterizador a garantia de direitos individuais, pois que ao tratar o delinquente como inimigo do Estado, transforma-o em não cidadão, assemelhando-o à coisa (*res*). O direito penal do inimigo é aplicado no caso de afastamento permanente do direito. Contudo, para ser concebido como “inimigo”, o sujeito deve representar uma grande ameaça à coletividade e ao próprio Estado, colocando em risco constante a paz e a harmonia da sociedade, que é interesse de todos.

O direito penal do inimigo define como “inimigo” aquele que se propõe a desrespeitar a lei e com isso acaba por agir de forma contrária ao próprio Estado. A consequência é a supressão de algumas (ou todas) das garantias fundamentais deste cidadão.

A cidadania pode ser definida como um “*status* jurídico e político mediante o qual o cidadão adquire direitos civis, políticos e sociais; e deveres (pagar impostos, votar, cumprir as leis) relativos a uma coletividade política, além da possibilidade de participar na vida coletiva do Estado”, sendo que “esta possibilidade surge do princípio democrático da soberania popular”¹¹⁶.

Nesta linha de intelecção, o indivíduo que não se enquadra neste conceito normativo de cidadania também não é merecedor dos direitos inerentes ao cidadão e, por isso, é tratado pelo Direito Penal do Inimigo de forma diferenciada. Num raciocínio lógico, o inimigo enquanto não pessoa não pode ser tratado do mesmo modo que o cidadão, como também não é tratado como sujeito de direito, porque se não é pessoa é coisa e assim é objeto e não sujeito de direito.

De acordo com Günther Jakobs, dificilmente o direito penal do inimigo e o direito penal do cidadão se apresentarão no mundo dos fatos de forma pura, explicando que a acusação de um fato delitivo praticado por um cidadão deverá levar em conta não apenas o fato cometido, mas também os riscos futuros (direito penal do inimigo).

Porém, tentar legitimar o direito penal do inimigo no Estado de Direito, seria o mesmo que “incumbir ao direito penal a tarefa de compatibilizar o incompatível”, função essa que se levada a cabo poderá destruir o próprio Estado Democrático de Direito, fundado nos direitos imanescentes ao homem duramente conquistados depois de diversas e árduas lutas históricas. No Brasil, por exemplo, a reprodução

¹¹⁶ CAMARGO, Luis Leite de; D'URSO, Luiz Flávio Borges. **A construção da cidadania**. In: *OAB/Hortolândia*, 12 de agosto de 2010. Disponível em: <<https://oabhortolandia.wordpress.com/2010/12/08/a-construcao-da-cidadania/>>. Acesso em: 29 nov. 2017. p. 01.

e defesa de discursos do movimento da lei e da ordem e da tolerância zero transmitem à população a ilusão de que estará mais segura com o recrudescimento das penas, porém tal postura abre espaços para arbitrariedades, tanto legitimando formas de violência, quanto de neutralização dos marginalizados, além de quem contesta tais ideias e, a longo prazo, todas as pessoas, criminosas ou não¹¹⁷.

Ainda no relativo à sociedade globalizada do risco, impende destacar o crescente papel da mídia enquanto ator social, que tem tomado para si “o tema da criminalidade de massas como produto de informação, despida de objetividade e imbuída, isto sim, de sensacionalismo e discurso repressor”. Essa postura da imprensa atual “dá azo ao aniquilamento de honras, fomento de legislação penal de emergência e pura exploração da miséria humana”. Sem o devido teor científico “a radicalização de controle social por via da repressão criminal, ao invés de garantir o alcance da paz social, apenas fomenta o arbítrio e a não resolução dos problemas públicos”. Neste contexto, “o desvirtuamento da função informativa pela mídia atual, assim, representa fonte de grave prejuízo social”¹¹⁸.

A correta e adequada utilização da publicidade pela imprensa, especialmente em se tratando de delitos, é a principal ferramenta para que “a mídia e a Justiça possam conviver de forma harmoniosa”. É preciso “preservar a liberdade de imprensa, o direito à informação e o respeito aos direitos subjetivos dos atores do processo”¹¹⁹. Nas palavras de Flavia Rahal¹²⁰:

É preciso dar um basta à histeria coletiva pelo sacrifício de um culpado. O público parece necessitar - como na época das execuções na Inquisição - de alternativas catárticas para extravasar sua permanente insatisfação com a justiça. Não será com a má-utilização do processo penal que esta insatisfação cessará.

Com efeito, da forma como vem sendo proposto, o direito penal do inimigo afronta as finalidades do direito penal, especialmente o modelo condizente com um Estado Democrático de Direito. Sua subjetividade pode desencadear muito mais injustiças que as que pretende solucionar¹²¹.

¹¹⁷ COSTA, Fernanda Otero. *Op. cit.*, p. 84.

¹¹⁸ SOUZA, Luciano Anderson de; FERREIRA, Regina Cirino Alves. **Discurso midiático penal e exasperação repressiva**. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 94, p. 363-384. Paulo: RT, jan./fev., 2012. p. 373.

¹¹⁹ RAHAL, Flavia. **Publicidade no processo penal: a mídia e o processo**. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 47, p. 270-283. São Paulo: RT, mar./abr., 2004. p. 278.

¹²⁰ RAHAL, Flavia. *Op. cit.*, p. 278.

¹²¹ MORAES, Vinicius Borges de. **Concepções jusfilosóficas do direito penal do inimigo: uma análise sobre os fundamentos da teoria de Günther Jakobs**. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 74, p. 09-34. São Paulo: RBCCrim/RT, set./out. 2008. p. 32.

2.2.2.

Características do direito penal do inimigo

Conforme a doutrina de Günther Jakobs¹²² o direito penal do inimigo se caracteriza por meio de três elementos: prospecção/prevenção, penalização severa e relativização de garantias procedimentais:

a) é preventivo: o direito penal do inimigo promove um adiantamento da punibilidade, permitindo a aplicação da pena antes da ocorrência do ato, com fundamento na pesquisa na projeção futura. Consta-se um amplo adiantamento da punibilidade, ou seja, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva, cujo ponto de referência é o fato futuro e não o fato cometido, como acontece no Direito Penal clássico.

Neste âmbito, “a punibilidade avança em boa parte para a incriminação de atos tipicamente preparatórios”. No Brasil tem-se como exemplo o fato de que uma tentativa de homicídio simples, que pressupõe atos efetivamente executórios, pode ser punida de modo mais brando do que a formação de quadrilha para prática de crimes hediondos ou assemelhados (artigo 8º, da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990¹²³), na qual se tem a incriminação de atos eminentemente preparatórios¹²⁴.

b) relativização das garantias processuais: “seu objetivo não é a garantia da vigência da norma, mas a eliminação de um perigo”¹²⁵. Por isso, determinadas garantias procedimentais e processuais são relativizadas ou mesmo suprimidas.

Exemplo: o regime disciplinar diferenciado, previsto nos artigos 52 e seguintes da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984), se projeta nitidamente à eliminação de perigos¹²⁶.

¹²² Günther Jakobs *in* JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Op. cit.*, p. 79 e ss.

¹²³ “Artigo 8º: será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no artigo 288, do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo. Parágrafo único: o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços” (BRASIL, Legislação. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal de 1988, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 21 dez. 2017).

¹²⁴ EVANGELISTA DE JESUS, Damásio. 2008. *Op. cit.*, p. 01.

¹²⁵ EVANGELISTA DE JESUS, Damásio. 2008. *Op. cit.*, p. 01.

¹²⁶ “Artigo 52: a prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características (redação dada pela Lei nº 10.792, de 01 de dezembro de 2003): I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada (incluído pela Lei nº 10.792, de 01 de dezembro de 2003); II - recolhimento em cela individual (incluído pela Lei nº 10.792, de 01 de dezembro de 2003); III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas (incluído pela Lei nº 10.792,

Existem outras situações que indicam a aplicação do Direito Penal do Inimigo no processo penal, com destaque para três exemplos ilustrativos: a medida cautelar utilizada no curso de um processo denominada de “prisão preventiva” que se fundamenta no combate a um perigo de alteração das provas, de fuga ou mesmo da prática de outro delito; as medidas processuais restritivas de liberdades fundamentais, como acontece no caso de interceptação das comunicações telefônicas e a gravação ambiental, cuja produção acontece sem a prévia comunicação ao investigado ou acusado; e a autorização legal para a decretação da incomunicabilidade de presos perigosos¹²⁷.

c) penalização severa: as penas são desproporcionalmente altas, fundamentadas no perigo, ou seja, numa reação a um fato passado, projeta-se a sanção penal, também no sentido da segurança contra fatos futuros, o que importa aumento de penas e utilização de medidas de segurança¹²⁸.

O aumento de penas tem sido recurso bastante utilizado no Brasil das últimas décadas: Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990), Lei de Lavagem de Capitais (Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998¹²⁹) e Lei nº 9.677, de 02 de julho de 1998¹³⁰, que dispõe sobre falsificação de produtos alimentícios ou medicinais.

Já na colação de Luiz Flávio Gomes¹³¹ são dez as características do direito penal do inimigo:

a) o inimigo não pode ser punido com pena, mas com medida de segurança;

b) o inimigo não deve ser punido consoante sua culpabilidade, mas de acordo com sua periculosidade;

de 01 de dezembro de 2003); IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol (incluído pela Lei nº 10.792, de 01 de dezembro de 2003). Parágrafo 1º: o regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. (incluído pela Lei nº 10.792, de 01 de dezembro de 2003); Parágrafo 2º: estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando (incluído pela Lei nº 10.792, de 01 de dezembro de 2003)” (Lei de Execução Penal).

¹²⁷ EVANGELISTA DE JESUS, Damásio. 2008. *Op. cit.*, p. 01.

¹²⁸ EVANGELISTA DE JESUS, Damásio. 2008. *Op. cit.*, p. 01.

¹²⁹ BRASIL, Legislação. **Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 21 dez. 2017.

¹³⁰ BRASIL, Legislação. **Lei nº 9.677, de 02 de julho de 1998**. Altera dispositivos do Capítulo III do Título VIII do Código Penal, incluindo na classificação dos delitos considerados hediondos crimes contra a saúde pública, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9677.htm>. Acesso em: 21 dez. 2017.

¹³¹ GOMES, Luiz Flávio. 2005. *Op. cit.*, p. 02.

c) as medidas contra o inimigo não se preocupam com o passado, com o que fez, mas com o que ele representa de perigo para o futuro;

d) o direito penal do inimigo não é retrospectivo como o direito penal clássico, mas prospectivo;

e) o inimigo não é um sujeito de direito, mas um objeto de coação;

f) mesmo depois de cometer o delito, o cidadão continua com o *status* de pessoa, enquanto que o inimigo perde esse *status*;

g) o direito penal do cidadão mantém a vigência da norma e o direito penal do inimigo combate perigos;

h) o direito penal do inimigo deve antecipar a tutela penal (adiantar o âmbito de proteção da norma) para alcançar os atos preparatórios;

i) justifica-se a antecipação da proteção penal, pela teoria do direito penal do inimigo, mesmo que a pena seja intensa e desproporcional; e

j) em relação ao cidadão, autor de um homicídio ocasional, espera-se que exteriorize um fato para que incida a reação que vem confirmar a vigência da norma. Quanto ao inimigo, por exemplo, o terrorista, deve ser interceptado imediatamente no estágio prévio, em razão de sua periculosidade.

No Brasil, um exemplo claro de adesão à teoria do direito penal do inimigo é o Regime Disciplinar Diferenciado - RDD, na forma do artigo 52, da Lei de Execução Penal, criado pela Lei nº 10.792, de 01 de dezembro de 2003¹³², que apesar de legal, muitos juristas consideram inconstitucional, embora nenhum argumento tenha sido persuasivo o suficiente para que fosse assim declarado pelo Poder Judiciário. As discussões, nesse particular, giram em torno da possibilidade de se adotar a doutrina do direito penal do inimigo para casos excepcionais de criminosos considerados perigosos à sociedade.

Não restam dúvidas de que a criminalidade deve ser combatida, porém, para tanto, os direitos e garantias penais constitucionais não podem ser negligenciados. O que se quer enfatizar e demonstrar com este estudo é que o direito penal não é o instrumento adequado à prevenção de crimes, à contenção da violência. Outros mecanismos devem ser pensados antes de se optar por transformar o direito penal de garantias num direito penal de combate à periculosidade e de prevenção contra risco de dano, afrontando o próprio Estado Democrático de Direito.

¹³² BRASIL, Legislação. **Lei nº 10.792, de 01 de dezembro de 2003**. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm#art52>. Acesso em: 21 dez. 2017.

Alguns doutrinadores rejeitam a teoria do direito penal do inimigo. Até mesmo Manuel Cancio Meliá, que escreveu a obra “*derecho penal del enemigo*” em parceria com Günther Jakobs, reconhece textualmente que “não coincidem nossos pontos de vista”¹³³, criticando a teoria sistematizada pelo seu colega a partir das seguintes considerações: remete a um direito penal nazista, incompatível com o Estado Democrático de Direito; não observa os princípios e garantias penais asseguradas pelo direito constitucional penal; afronta o sistema do direito penal de garantias, que dever entrar em ação depois do crime e nunca antes, de forma preventiva; por tudo isso é inconstitucional¹³⁴.

O próprio conceito de direito penal do inimigo “é prejudicial e desnecessário”:

Prejudicial, porque possui conotações que recordam, perigosamente, a teoria política de períodos fatídicos da História, e porque, devido a sua ambiguidade, dá lugar a reações de tipo “emocional” mais que de caráter discursivo. Desnecessário, porque [...] trata-se essencialmente de um “direito penal do autor”, expressão muito mais exata já que permite sua delimitação com respeito ao “direito penal do fato”. Isso não é óbice para reconhecer que a discussão do conceito contribuiu para uma crítica e revisão geral ainda incipiente do direito penal atual, suas tendências, e tópicos argumentativos¹³⁵.

Assim sendo, a essência do conceito de direito penal do inimigo está em que constitui uma reação de combate do ordenamento jurídico contra indivíduos especialmente perigosos, trata-se de um Estado que não fala com seus cidadãos, mas ameaça seus inimigos¹³⁶.

Com base na própria história evolutiva da humanidade, tem-se que os sistemas repressivos “são caracterizados pela busca incessante da ponderação entre a repressão do crime e a tentativa de ressocialização do indivíduo, bem como de inúmeras experiências no sistema prisional”. Apenas recentemente, a partir dos postulados jusracionalistas, é que o direito penal e o processo penal passam a ser formalmente definidos como limitadores da intervenção punitiva e irracional do Estado. Nem deu tempo de se firmar esse entendimento que já surge o direito penal do inimigo, querendo reinventar a repressão do crime com a flexibilização de garantias. Porém:

¹³³ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Op. cit.*, p. 18.

¹³⁴ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Op. cit.*, p. 78 e ss.

¹³⁵ CRESPO, Eduardo Demétrio. *Op. cit.*, p. p. 234.

¹³⁶ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Op. cit.*, p. 86.

A inocuidade do indivíduo que comete crimes, especialmente, aqueles envolvidos com o crime organizado, o tráfico de drogas, que são considerados inimigos tradicionais, pelo direito penal do inimigo, certamente não vai resolver o problema da criminalidade, além de atentar contra o Estado Democrático de Direito¹³⁷.

Conforme Joe Tennyson Velo¹³⁸ é válido organizar um direito penal rigoroso, desde que “não despreze a condição humana do indivíduo, seu estado de pessoa”.

Desse modo, se o direito penal do inimigo não reconhece a condição humana do indivíduo, perde juridicidade e validade, vale dizer, deixa de ser direito, mesmo que esteja enquadrado em critérios semelhantes aos do direito penal tradicional, que tutela o cidadão e assegura seus direitos e garantias fundamentais como pessoa e da dignidade que lhe é inerente.

2.2.3.

Embasamento filosófico do direito penal do inimigo

O direito penal do inimigo vem angariando nas últimas décadas expressiva adesão, não somente dos políticos que fazem uso da lei e do endurecimento penal (movimento da lei e da ordem) como panaceia para todos os conflitos sociais, mas também dos juristas que possuem como base filosófica as doutrinas dos filósofos: inglês Thomas Hobbes (1588-1679), suíço Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), alemão Immanuel Kant (1724-1804), e alemão Johann Gottlieb Fichte (1762-1814).

Thomas Hobbes (1588-1679), teórico político-contratualista¹³⁹, matemático e filósofo inglês, autor de duas obras bastante conhecidas: “Leviatã” e “Do Cidadão”, ambas publicadas em 1651, já entendia, ao seu tempo, que o cidadão,

¹³⁷ VALE, Ionilton Pereira do Vale. **O direito penal do inimigo**: fundamentos filosóficos e sistêmicos. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 909, p. 165-186. São Paulo: RT, jul. 2011. p. 177.

¹³⁸ VELO, Joe Tennyson. **O problema da fundamentação do direito penal do inimigo**. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 894, p. 349-400. São Paulo: RT, abr. 2010. p. 366.

¹³⁹ Os teóricos do contrato social são chamados de contratualistas. O termo “contratualismo” ou a expressão “contrato social” indica um grupo de idéias que tentam explicar as razões pelas quais as pessoas, em determinado momento, resolveram formar Estados e manter a ordem social. Significa, em termos gerais, que as pessoas fazem um “contrato social”, ou seja, concordam em abrir-mão de certos direitos ou liberdades para em troca obter vantagens de ordem social. O contrato social é um acordo entre os cidadãos e o Governo, sendo que o cidadão reconhece a autoridade do governo, das regras ou do regime político e o governante se compromete em prestar os serviços básicos indispensáveis à sobrevivência humana com dignidade.

mesmo depois de se tornar delinquente, permanece como cidadão, porque não pode eliminar por si mesmo seu *status*. No entanto, explica que a situação se modifica quando se trata de uma rebelião ou outro crime considerado de alta traição, pois a natureza destes tipos de crime estaria na rescisão da submissão do Poder do Estado, o que significa o rompimento do contrato social e uma recaída ao estado de natureza, sendo que aqueles que incorrem em tal delito não são castigados enquanto súditos senão como inimigos.

Nas palavras de Thomas Hobbes¹⁴⁰, no capítulo XIV, intitulado “das leis e transgressões” de sua obra “Do Cidadão”:

(...) os rebeldes, traidores e todas as outras pessoas condenadas por traição não são punidos pelo Direito Civil, mas pelo natural: isto é, não como súditos civis, porém como inimigos do governo; não pelo direito de soberania e domínio, mas pelo de guerra.

Para essa doutrina, em virtude do pacto pelo qual os cidadãos estão obrigados, juntos e entre si, à obediência absoluta e universal ao Estado (governante supremo representado por uma pessoa ou um grupo) nasce a obrigação de observar cada uma das leis civis, de tal maneira que esse contrato contenha em si todas as leis civis ao mesmo tempo. Então, o cidadão que renunciar ao pacto, ou convenção geral de obediência, renuncia ao mesmo tempo a todas as leis. E este mal é considerado por Thomas Hobbes¹⁴¹:

(...) tanto mais grave do que qualquer pecado particular, quanto ao pecar sempre é mais grave do que pecar uma vez. Tal é propriamente aquele pecado que se chama crime de lesa-majestade, e que consiste em ações ou palavras com as quais o cidadão ou súdito mostra não mais desejar obedecer à pessoa, homem ou corte, a quem foi confiada à suprema administração da Cidade.

O cidadão demonstra essa vontade de não mais obedecer ao seu governante por meio de ações e por meio de palavras.

Por ações, quando faz ou tenta fazer violência contra as pessoas daqueles que têm o poder supremo ou que executam suas ordens. Essas pessoas são

¹⁴⁰ HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. Coleção a Obra-Prima de cada Autor. São Paulo: Editora Martin Claret Ltda., 2006. p. 121.

¹⁴¹ HOBBS, Thomas. 2006. *Op. cit.*, p. 120.

tipificadas como traidoras, regicidas, os que tomam das armas contra a cidade-Estado, ou desertam para o campo inimigo durante a guerra.

Por palavras quando declara a mesma vontade, negando diretamente estarem, eles próprios, ou os demais cidadãos, obrigados a essa obediência; ou no todo, como quem dissesse não se dever obedecer a nenhum governante simplesmente, absolutamente e universalmente; ou, ainda, em parte, como se alguém dissesse que os governantes não têm direito de agir livremente, conduzir a guerra, fazer a paz, recrutar soldados, estabelecer impostos, escolher magistrados e ministros públicos, legislar, decidir litígios, impor penalidades, ou exercer algumas outras funções sem as quais não pode subsistir a cidade-Estado.

Em seu livro *Leviatã*, no capítulo XXVIII, que trata das penas e das recompensas, Thomas Hobbes¹⁴² expressa que “os danos infligidos a quem é um inimigo declarado não podem ser classificados como penas”, explicando que:

(...) dado que esse inimigo ou nunca esteve sujeito à lei, e, portanto, não pode transgredi-la, ou esteve sujeito a ela e professa não mais o estar, negando em consequência que possa transgredi-la, todos os danos que lhe possam ser causados devem ser tomados como atos de hostilidade. E numa situação de hostilidade declarada é legítimo infligir qualquer espécie de danos. De onde se segue que, se por atos ou palavras, sabida e deliberadamente, um súdito negar a autoridade do representante do Estado (seja qual for a penalidade prevista para a traição), o representante pode legitimamente fazê-lo sofrer o que bem entender. Porque ao negar a sujeição ele negou as penas previstas pela lei, portanto deve sofrer como inimigo do Estado, isto é, conforme a vontade do representante. Porque as penas são estabelecidas pela lei para os súditos, não para os inimigos, como é o caso daqueles que, tendo-se tornado súditos por seus próprios atos, deliberadamente se revoltam e negam o poder soberano.

Verifica-se, portanto, em Thomas Hobbes, a concepção de quem desobedece à lei deve ser punido como cidadão delinquente, mas quem transgride o contrato social comete crime muito mais grave porque descumpre todas as leis ao mesmo tempo, devendo ser considerado inimigo do Estado e sobre ele incidir não o direito civil de garantia, de soberania e de domínio, mas o direito natural de guerra.

¹⁴² HOBBS, Thomas. *Leviatã*: matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 105.

Outro dos inspiradores de Günther Jakobs à construção de sua teoria do direito penal do inimigo foi o também filósofo contratualista suíço Jean-Jacques Rousseau (1712-1778).

No Capítulo V, do Livro II, de sua obra, intitulada “Do Direito de Vida e Morte”, Jean-Jacques Rousseau¹⁴³ afirma que o contrato social tem por objetivo a conservação dos contraentes, sendo que:

(...) todo malfeitor, ao atacar o direito social, torna-se, por seus delitos, rebelde e traidor da pátria; cessa de ser um de seus membros ao violar suas leis, e chega mesmo a declarar-lhe guerra. A conservação do Estado passa a ser então incompatível com a sua; faz-se preciso que um dos dois pereça, e quando se condena à morte o culpado, se o faz menos na qualidade de cidadão que de inimigo. Os processos e a sentença constituem as provas da declaração de que o criminoso rompeu o tratado social, e, por conseguinte, deixou de ser considerado membro do Estado. Ora, como ele se reconheceu como tal, ao menos pela residência, deve ser segregado pelo exílio, como infrator do pacto, ou pela morte, como inimigo público, pois um inimigo dessa espécie não é uma pessoa moral; é um homem, e manda o direito da guerra matar o vencido.

Prossegue explicando que quando o criminoso rompe o tratado social, deixa de ser considerado membro do Estado, devendo ser “segregado pelo exílio, como infrator do pacto, ou pela morte, como inimigo público”, eis que um “inimigo dessa espécie não é uma pessoa moral; é um homem, e manda o Direito de Guerra matar o vencido”. Mas conclui ressaltando que “não se tem o direito de matar, mesmo para exemplo, senão aquele que se não pode conservar sem perigo”.

Ao exemplo de Thomas Hobbes, Jean-Jacques Rousseau concebe que quando o delinquente infringe o contrato social não mais participa dos seus benefícios, sendo que a partir desse momento já não vive com os demais, dentro de uma relação jurídica, mas às margens do Direito, tido como inimigo da sociedade.

Porém, se para Thomas Hobbes o “inimigo” é o réu de alta traição que não deve ser castigado como súdito, mas como inimigo do Estado, para Jean-Jacques Rousseau todo delinquente é *de per si* um inimigo.

¹⁴³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores. Publicado em 2002. Disponível em: <<http://www.jahr.org>>. Acesso em: 29 nov. 2017. p. 43.

O filósofo alemão Immanuel Kant¹⁴⁴ (1724-1804), por sua vez, defende que não se trata como pessoa quem “me ameaça... constantemente”. Nas suas palavras:

Aceita-se comumente que uma parte pode hostilizar a outra somente se o primeiro a lesionou de fato e considera-se, desta forma, correto quando ambos vivem em um estado civil-legal. Pois, pelo fato de ter ingressado neste estado, um proporciona ao outro a segurança necessária (através da autoridade que possui o poder sobre ambos). Contudo, um homem (ou um povo) no Estado Natural priva-me desta segurança e já me está lesionando, ao estar junto a mim neste estado, não, de fato, certamente, mas pela carência de leis de seu estado (*status injusto*), que é uma constante ameaça para mim. Eu posso obrigá-lo a entrar em um estado social-legal ou afastar-se do meu lado. - Consequentemente, o postulado que subjaz aos artigos seguintes é: todos os homens que exercem entre si influências recíprocas devem pertencer a uma Constituição civil¹⁴⁵.

Para Immanuel Kant¹⁴⁶ quem não participa de um “estado comunitário-legal” fica excluído da proteção do Estado e não é tratado como pessoa, mas como um inimigo. Destarte, não se trata como pessoa aquele que “ameaça constantemente” ou que não se deixa obrigar a entrar em um estado cidadão.

Immanuel Kant reconheceu um direito penal do cidadão (contra pessoas que não delinquem de modo persistente) e um direito penal do inimigo contra quem normalmente se desvia do direito. Este direito penal do inimigo exclui a cidadania enquanto que o direito penal do cidadão deixa incólume o *status* de pessoa.

Neste pensar, quem ameaça constantemente o Estado e a sociedade em geral ou não aceita viver em estado comunitário-legal, deve ser tratado como inimigo.

Para o filósofo alemão Johann Gottlieb Fichte (1762-1814), quem abandona o contrato social do cidadão perde todos os seus direitos como cidadão e como pessoa, passando para um estado de completa ausência de direitos.

¹⁴⁴ KANT, Immanuel. **Para a paz perpétua**. Estudo introdutório. Ensaios sobre Paz e Conflitos, vol. V. Tradução: Joám Evans Pim; Bárbara Kristensen. Rianxo: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006. p. 65, nº 03.

¹⁴⁵ KANT, Immanuel. *Op. cit.*, p. 65, nº 03.

¹⁴⁶ Immanuel Kant *apud* JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Op. cit.*, p. 31-32.

Nas suas palavras “aprendei a conhecer finalmente os vossos verdadeiros inimigos, os únicos culpados do crime de lesa majestade, os únicos violadores dos vossos santos direitos e das vossas pessoas”¹⁴⁷.

Em suma, o direito penal do inimigo precisa da eleição de um inimigo e se caracteriza pela oposição que faz ao direito penal do cidadão, que é o direito penal de garantias ou direito penal tradicional/clássico, onde vigoram todos os princípios limitadores do poder punitivo estatal.

De arremate, com auxílio na doutrina de Luiz Flávio Gomes¹⁴⁸ apresentam-se as principais bandeiras levantadas pelos defensores do direito penal do inimigo. Os principais argumentos em favor do direito penal do inimigo são: a) a relativização do princípio da legalidade, porque implica apenas na vaga descrição dos crimes e das penas; b) a inobservância de princípios básicos como o da ofensividade, da exteriorização do fato, da imputação objetiva etc.; c) o aumento desproporcional de penas; d) criação artificial de novos delitos sem bens jurídicos definido; e) endurecimento da execução penal, sem causa; (f) antecipação exagerada da tutela penal; g) os direitos e as garantias processuais fundamentais são suprimidas; h) concessão de prêmios ao inimigo que se mostra fiel ao Direito, a exemplo da delação e da colaboração premiadas; i) a flexibilização da prisão em flagrante; j) infiltração de agentes policiais; k) uso e abuso de medidas preventivas ou cautelares, tais como a interceptação telefônica sem justa causa, a quebra de sigilos não fundamentados ou contra a lei, e outras; e l) medidas penais dirigidas contra quem exercem atividade lícita (bancos, advogados, joalheiros, leiloeiros, etc.).

É importante destacar que “a construção teórica desenvolvida no entorno do direito penal do inimigo tem se revelado muito mais consistente do que a maior parte das críticas que lhe são endereçadas”, inclusive na doutrina brasileira, que tem influenciado em medida significativa os legisladores nas últimas décadas. Porém, “as garantias constitucionais, penais e processuais penais, podem e devem funcionar como um dos grandes óbices à adoção de um modelo jurídico incompatível com a dignidade do ser humano” especialmente levando-se em conta que “toda a persecução penal exige a limitação estatal, como fonte de subsistência do próprio sistema”¹⁴⁹.

¹⁴⁷ FICHTE, Johann Gottlieb. **Reivindicação da liberdade de pensamento**. Tradutor: Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1982. p. 29.

¹⁴⁸ GOMES, Luiz Flávio. 2005. *Op. cit.*, p. 02.

¹⁴⁹ LOPES, Cláudio Ribeiro. OTAVIANO, Luiz Renato Telles. **Constatações e considerações sobre o conceito de inimigo no direito penal contemporâneo**. In: *Revista de Ciências Sociais*, vol. 14, p. 107-116. Fortaleza: RCS, jan./jun. 2011. p. 114.

2.3.

Princípios e direitos sob ataque: função do direito no combate ao crime

O direito penal do inimigo classifica as pessoas em dois grandes grupos: de um lado o cidadão, pessoas de bem, e de outro os inimigos, os malfeitores. No entanto, não se pode perder de vista que o direito, que fundamenta o Estado e que garante, em última análise, a coexistência humana, é resultado de séculos de luta, constituindo-se, pois, na doutrina dos “direitos do homem” como algo universal, isto é, pertence a todos que são humanos pelo simples fato de sê-lo, independentemente de qualquer condição ou qualidade. Empregar a justificativa da proteção do cidadão por meio de políticas de segurança, utilizando-se de restrição desmedida de direitos fundamentais, fez parte das soluções encontradas pelos governos autoritários para combater a insegurança, ocorrendo isso, todavia, em momento anterior à presente e inegável força e difusão dos direitos humanos fundamentais. Atualmente, cogitar afrontá-los como fora feito no passado (não tão distante, como na II Guerra Mundial) parece ser inconcebível, consubstanciando um maléfico retrocesso, ainda mais sob a falsa fachada de legitimidade jurídica. Seria como se a humanidade resolvesse desconhecer e ignorar a invenção da “roda” e todos os efeitos decorrentes, desde então. Nas palavras de André Luís Callegari e Fernanda Arruda Dutra¹⁵⁰:

Uma breve análise na história recente da humanidade demonstra que os regimes autoritários iniciaram seu domínio através da restrição de direitos e garantias fundamentais aos seus cidadãos sempre sob justificativas nobres. [...]. O direito penal, em face de tais agentes, passa a assumir um caráter de vingança, desvirtuando da sua finalidade precípua e retrocedendo ao período em que vigorava a teoria retribucionista da pena.

Usar o argumento de um uso da violência supostamente legal por meio da “atuação repressiva do Estado suprimindo direitos e garantias fundamentais não pode ser aceito pela sociedade, pois se observa que as técnicas foram as mesmas utilizadas em regimes autoritários que calaram por anos, nações inteiras”¹⁵¹.

¹⁵⁰ CALLEGARI, André Luís; DUTRA, Fernanda Arruda. **Direito penal do inimigo e direitos fundamentais**. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 862, p. 429-442. São Paulo: RT, ago. 2007. p. 438.

¹⁵¹ CALLEGARI, André Luís; DUTRA, Fernanda Arruda. *Op. cit.*, p. 440.

Com base nessas colocações, e num aspecto amplificado, verifica-se que as implicações do direito penal do inimigo são duas: incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito e legitimidade paliativa decorrente da omissão do Estado.

O denominado “Estado de Direito”, que surgiu no século XVIII e se solidificou no século XIX, foi instituído para regulamentar as atividades dos administradores da coisa pública no sentido de proteger os cidadãos contra as arbitrariedades, principalmente dos governos absolutistas, e reconhecer a existência de interesses da coletividade, ao lado das vontades individuais que precisam ser satisfeitas.

Foi especificamente com o advento da Revolução Francesa de 1789 e a decorrente proclamação dos princípios universais de “liberdade, igualdade e fraternidade” (*liberté, égalité, fraternité*) que o Estado passou a ser conhecido como Estado de Direito, haja vista a submissão de todos, governantes e governados, ao pálio da lei. Com o tempo verificou-se que o cumprimento da lei em seu aspecto meramente formal gerava muitas injustiças, emergindo a ideia de que os desiguais deveriam receber tratamento na medida de suas desigualdades, que se traduz na busca da igualdade material.

O constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho¹⁵² enfatiza que um dos princípios estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais é o “princípio da igualdade”, e explica:

A “igualdade” é, desde logo, a “igualdade formal” (“igualdade jurídica”, “igualdade liberal”) estritamente postulada pelo constitucionalismo liberal: os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. Por isso se considera que esta igualdade é um pressuposto para a uniformização do regime das liberdades individuais a favor de todos os sujeitos de um ordenamento jurídico. A igualdade jurídica surge, assim, indissociável da própria “liberdade” individual.

No seu aspecto material, a igualdade postula o tratamento uniforme de todos os indivíduos. Não significa, contudo, que todos devem ser tratados iguais perante o Direito, mas que se promova a igualdade real e efetiva dos indivíduos perante os bens da vida. Segundo Marcelo Amaral da Silva¹⁵³ “o entendimento da

¹⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 426.

¹⁵³ SILVA, Marcelo Amaral da. **Digressões acerca do princípio constitucional da igualdade**. In: *Jus Navigandi*, ano 7, nº 66, Teresina, jun. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4143>>. Acesso em: 29 nov. 2017. p. 01.

igualdade material, deve ser o de tratamento equânime e uniformizado de todos os seres humanos, bem como a sua equiparação no que diz respeito às possibilidades de concessão de oportunidades”. Desse modo, na igualdade material “as oportunidades, as chances devem ser oferecidas de forma igualitária para todos os cidadãos, na busca pela apropriação dos bens da cultura”. Nesse pensar, a igualdade material teria por finalidade “a busca pela equiparação dos cidadãos sob todos os aspectos, inclusive o jurídico”.

De acordo com Leo van Holthe¹⁵⁴ foi a partir do Estado de Direito construído sobre os pilares da liberdade, da igualdade e da fraternidade, que surgem os direitos e garantias individuais.

No entanto, sem a ingerência do Estado, o “Estado de Direito” acabou contribuindo para o aumento das desigualdades sociais. Diante disso, a sociedade começou a cobrar uma postura diferenciada do Estado no sentido de intervir em determinadas questões ligadas à justiça social.

A solução apresentada, de um Estado de Direito Intervencionista, “sob a pretensa justificativa de promover a justiça social, acabou legitimando desde democracias a Estados totalitários” demonstrando que o qualificativo “social” não foi suficiente para garantir o surgimento de um Estado voltado à promoção do bem-estar geral e do desenvolvimento da pessoa humana¹⁵⁵.

Com este “Estado Social de Direito” buscou-se corrigir o individualismo e o afastamento do Estado das camadas sociais mais necessitadas. No entanto, tal intervenção do Estado acabou por avalizar diversos regimes totalitários, como o Nazismo, o Fascismo, entre outros¹⁵⁶.

¹⁵⁴ HOLTHE, Leo van. **Direito constitucional**. 5. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2009. p. 88.

¹⁵⁵ HOLTHE, Leo van. *Op. cit.*, p. 88.

¹⁵⁶ Sobre esse assunto assim expôs Rubem Queiroz Cobra (2010, p.1): “o Nacional Socialismo, em alemão *Nationalsozialismus*, ou *Nazismus*, foi um movimento totalitário triunfante na Alemanha, em muitos aspectos parecido com o Fascismo italiano, porém mais extremado tanto como ideologia quanto na ação política. O partido político foi batizado *Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei* com a abreviação Nazi. O partido nasceu na Alemanha em 1919 e foi liderado por Adolf Hitler a partir de 1920. Seu principal objetivo era unir o povo de ascendência alemã à sua pátria histórica, mediante sublevações sob a fachada falsa de “autodeterminação”. Uma vez reunida, a raça alemã superior, ou *Herrenvolk*, governaria os povos subjugados, com eficiência e a dureza requerida conforme seu grau de civilização. [...] O Fascismo é uma doutrina totalitária desenvolvida por Benito Mussolini na Itália, a partir de 1919, durante seu governo (1922-1943 e 1943-1945). Fascismo deriva de *fascio*, nome de grupos políticos ou de militância que surgiram na Itália entre fins do século XIX e começo do século XX; mas também de *fascas*, que nos tempos do Império Romano era um símbolo dos magistrados: um machado cujo cabo era rodeado de varas, simbolizando o poder do Estado e a unidade do povo. Os fascistas italianos também ficaram conhecidos pela expressão camisas negras, em virtude do uniforme que utilizavam. O fascismo surgiu em tempo de crise, nas dificuldades econômicas e sociais do primeiro pós-guerra, e na depressão dos anos 30, quando as elites políticas se mostravam incapazes de integrar as massas através da fórmula democrática parlamentar ou quando existia um crescimento socialista ou comunista paralelo assustando as classes médias. O fascismo é uma doutrina e uma prática política estatista e coletivista, opondo-se aos diversos liberalismos, socialismos e democracias. O Fascismo italiano assumiu que a natureza do Estado é superior à soma dos indivíduos que o compõem e que eles existem para o Estado, em vez de o Estado existir para os servir. Todos os assuntos dos indivíduos são assuntos do Estado”.

Leo van Holthe¹⁵⁷ discorre a respeito do Estado, traçando sinteticamente o seu processo evolutivo aduzindo, em essência, que “no final do século XVIII, com as revoluções liberais burguesas, surge o Estado de Direito, também conhecido como “Estado Liberal de Direito” ou “Estado Constitucional”, com as seguintes características:

a) submissão ao império da lei: substituição da antiga concepção de Estado Absolutista pelo Estado de Direito, baseado na ordem jurídica formada pelo conjunto de leis aprovadas pelo Poder Legislativo, composto de representantes do povo, tendo como norma suprema, no topo do ordenamento jurídico, a Constituição;

b) a distribuição de poderes: como a principal finalidade do Estado de Direito foi limitar o poder dos monarcas, as funções do Estado foram distribuídas entre órgãos estatais que além do exercício administrativo competente receberam a incumbência de fiscalizar os outros órgãos. O poder do Estado foi distribuído entre os órgãos executivo, legislativo e judiciário, “funcionando como importante mecanismo de autolimitação do poder do Estado, por meio da fiscalização mútua entre os órgãos estatais, a fim de impedir o abuso do poder”;

c) a previsão de direitos e garantias individuais: esta previsão é outro fator de limitação do poder do Estado. Ressalte-se que, neste momento inicial o Estado de Direito os direitos fundamentais do indivíduo voltam-se para o direito de liberdade individual (direitos fundamentais de primeira geração), resultando num Estado mínimo, abstencionista, que não interfere na sociedade, a fim de respeitar a esfera de liberdade dos indivíduos.

As insuficiências do Estado de Direito fizeram eclodir, no final do século XIX, diversos movimentos sociais clamando por justiça social e denunciando as deficiências desse modelo de Estado para garantir a todos uma exigência digna. Surge, destarte, o “Estado Social de Direito”, também conhecido como “Estado do Bem-Estar Social”, “*Welfare State*” ou “Estado Providência”, tendo o qualificativo “social” a intenção de corrigir o individualismo e o abstencionismo do Estado de Direito pela afirmação dos “direitos sociais” à saúde, à educação, à moradia, ao trabalho, à previdência social etc. e pela realização de objetivos de justiça social¹⁵⁸.

Na sequência, ao Estado Social de Direito foi agregado o princípio da soberania popular para abrir espaços à participação do cidadão na administração

¹⁵⁷ HOLTHE, Leo van. *Op. cit.*, p. 88.

¹⁵⁸ HOLTHE, Leo van. *Op. cit.*, p. 88.

do Estado. O objetivo foi implementar efetivamente a justiça social e garantir os direitos fundamentais dos cidadãos.

Esse novo modelo estatal foi denominado de “Estado Democrático de Direito”. Conforme José Afonso da Silva¹⁵⁹ a noção de Estado Democrático de Direito reúne os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, aliados a um componente revolucionário de transformação social, de mudança do *status quo*, de promoção da justiça social. A ideia de Estado de Direito implicaria na submissão de todos ao império da lei, na previsão da separação de poderes e na consagração de direitos e garantias individuais. O Estado Democrático agregaria o princípio da soberania popular, com a efetiva participação do povo na gestão da coisa pública. O componente revolucionário, de sua vez, traria a vontade de transformação social.

No Brasil contemporâneo, com o Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988 não promete a transição para o socialismo, apenas:

(...) abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais que ela inscreve e pelo exercício dos instrumentos que oferece a cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana¹⁶⁰.

Destarte, o Estado Democrático de Direito tem como principal característica a proteção aos direitos e garantias fundamentais. Segundo Leo van Holthe¹⁶¹, o Estado Democrático de Direito, sem abandonar os ideais de justiça social “incorpora os princípios básicos da soberania popular, da participação e do pluralismo político como garantias de que os direitos fundamentais sejam respeitados e a justiça social, implementada”.

No mesmo norte, estão as colocações de Cláudia Toledo¹⁶² quando afirma que o Estado, para se consubstanciar como Democrático de Direito, “deve declarar e assegurar os direitos fundamentais, que se manifestam vinculantes para toda a produção e interpretação do ordenamento jurídico nacional e para o exercício do poder estatal”. Nesta esteira, se o Estado não respeita direitos e garantias fundamentais, não pode ser considerado Democrático de Direito. Para tanto, o Estado deve obediência à sua Constituição, mormente porque esta

¹⁵⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 117.

¹⁶⁰ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 124.

¹⁶¹ HOLTHE, Leo van. *Op. cit.*, p. 88.

¹⁶² TOLEDO, Cláudia. **Direito adquirido & Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Landy Editora, 2007.p. 115.

exprime a vontade popular; em outras palavras, deve encontrar a sua soberania no povo. O Estado Democrático de Direito pode, então, ser definido, como:

(...) organização jurídica do poder, que assenta em alguns princípios elementares e na declaração e garantia dos direitos fundamentais [...]. Os princípios da legalidade e da divisão do exercício do poder eram, assim, aqueles bastantes para o Estado de Direito Liberal. O Estado Democrático de direito contemporâneo [...] apresenta um conjunto mais amplo dos princípios que o compõem [...] ¹⁶³.

Os direitos e garantias fundamentais tem com fonte os direitos humanos e que se apresentam como justo para todos, servindo como base à permanente evolução dos direitos fundamentais e da própria ordem jurídica. Deste modo, a soberania do povo e os direitos fundamentais servem de alicerce para o Estado Democrático de Direito, complementando-se entre si. Sob esta ótica, os indivíduos não podem ser vistos apenas como súditos, mas principalmente como coautores, pois a legislação, em tese, é fruto do consenso, da vontade da maioria e tem por prerrogativa, aceitação universal.

Na esfera penal, conforme os ensinamentos de Fernando Capez¹⁶⁴ o Estado Democrático de Direito é o ponto de partida do princípio reitor do direito penal, que é o da dignidade humana, “adequando-o ao perfil constitucional do Brasil e erigindo-o à categoria de Direito Penal Democrático”. Com efeito:

(...) os princípios constitucionais e as garantias individuais devem atuar como balizas para a correta interpretação e a justa aplicação das normas penais, não se podendo cogitar de uma aplicação meramente robotizada dos tipos incriminadores, ditada pela verificação rudimentar da adequação típica formal, descurando-se qualquer apreciação ontológica do injusto. [...].

Nessa contextura:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o

¹⁶³ TOLEDO, Cláudia. *Op. cit.*, p. 114.

¹⁶⁴ CAPEZ, Fernando. 2007. *Op. cit.*, p. 09.

pluralismo político (artigo 1º, *caput* e incisos, da Constituição Federal de 1988)¹⁶⁵.

Disso infere-se que no Estado Democrático de Direito todos os princípios penais devem derivar da dignidade humana.

Os princípios fulcrais do direito penal democrático são: legalidade, insignificância, alteridade, confiança, adequação social, intervenção mínima, fragmentariedade, proporcionalidade, humanidade, necessidade e ofensividade¹⁶⁶.

O “princípio da legalidade” é a expressão maior do Estado Democrático de Direito e vem insculpido no inciso XXXIX, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Significa que a lei é a única fonte do Direito Penal, sendo que tudo o que não for expressamente proibido é lícito. Por intermédio da lei, exsurge a segurança jurídica do cidadão de não ser punido se não houver previsão legal definindo as condutas proibidas, sob a ameaça de punição para aqueles que a descumprirem.

Já o “princípio da insignificância” preconiza que o Direito Penal não deve importar-se com condutas diminutas e nem podem ser admitidos tipos penais que descrevam condutas incapazes de lesarem bens jurídicos. Consoante René Ariel Dotti¹⁶⁷ o princípio da insignificância:

(...) decorre da concepção utilitarista que se vislumbra modernamente nas estruturas típicas do direito penal e surge na doutrina e na jurisprudência como uma especial maneira de se exigir a realização do tipo penal de maneira conglobante, isto é, quando a conduta humana, efetivamente, a ordem jurídica.

Ao seu turno, o “princípio da alteridade”, diz respeito à proibição de punição de atitudes internas do agente que, dessa forma, não lesione bens jurídicos de terceiros.

Conforme informa e esclarece Cleber Rogério Masson¹⁶⁸ o princípio da alteridade foi criado por Claus Roxin e “proíbe a incriminação de atitude meramente interna do agente, bem como do pensamento ou de condutas moralmente censuráveis, incapazes de invadir o patrimônio jurídico alheio”.

¹⁶⁵ BRASIL, Legislação. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 dez. 2017

¹⁶⁶ CAPEZ, Fernando. 2007. *Op. cit.*, p. 15.

¹⁶⁷ DOTTI, René Ariel. **Princípios fundamentais do direito penal brasileiro**. Publicado em abril de 2005. Disponível em:

<http://www.aidpbrasil.org.br/docs/princ%C3%ADpios_fundamentais_direito_penal_brasileiro.PDF>. Acesso em: 29 nov. 2017. p. 13.

¹⁶⁸ MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal organizado**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 29-30

Significa, em síntese, que “ninguém pode ser punido por causar mal apenas a si mesmo”.

Pelo “princípio da confiança” as pessoas devem agir dentro dos ditames inerentes ao convívio social. Para Fernando Capez¹⁶⁹, este princípio:

(...) funda-se na premissa de que todos devem esperar por parte das outras pessoas que estas ajam de acordo com as normas da sociedade, visando evitar danos a terceiros. Por esta razão, consiste na realização da conduta, na confiança de que o outro atuará de um modo normal já esperado, baseando-se na justa expectativa de que o comportamento das outras pessoas se dará de acordo com o que normalmente acontece.

O “princípio da adequação social” diz respeito às atitudes que mesmo sendo respaldadas pelo Direito Penal, são tidas como apropriados no seio social, ou seja, aquilo que a sociedade tem por justo não pode ser considerado fato criminoso.

Segundo Rogério Greco¹⁷⁰, o princípio da adequação social possui dupla função: a) restringir o âmbito de abrangência do tipo penal, limitando a sua interpretação, e dele excluindo as condutas consideradas socialmente menos ou nada lesivas à sociedade; e b) orientar o legislador quando da seleção das condutas que deseja proibir ou impor, com a finalidade de proteger os bens considerados mais importantes, além de levar o legislador a repensar os tipos penais já existentes, retirando, assim, do ordenamento jurídico a proteção sobre aqueles bens cujas condutas já se adaptaram perfeitamente à evolução da sociedade.

Por sua vez, o “princípio da intervenção mínima” elege o Direito Penal como a *ultima ratio*, em outras palavras, bens jurídicos ou situações que podem ser protegidos ou amparados por outros ramos do Direito, não necessitam da mão forte do Direito Penal.

Este princípio preconiza que “só se legitima a criminalização de um fato se a mesma constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico”¹⁷¹. Normalmente este princípio não vem explícito nos textos das legislações constitucionais e penais contemporâneas porque “é um princípio imanente que por seus vínculos com outros postulados explícitos, e com os

¹⁶⁹ CAPEZ, Fernando. 2007. *Op. cit.*, p. 09.

¹⁷⁰ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p. 58.

¹⁷¹ LUISI, Luis. **Os princípios penais constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 39.

fundamentos do Estado de Direito se impõem ao legislador, e mesmo ao hermeneuta¹⁷².

O “princípio da fragmentariedade”, decorrente direto dos princípios da intervenção mínima, da lesividade e da adequação social, significa que o Direito Penal disponibiliza proteção a apenas uma parcela de bens, considerados de suma importância para a sociedade.

Na lição de Francisco Muñoz Conde¹⁷³ “nem todas as ações que atacam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, nem tampouco todos os bens jurídicos protegidos por ele”. Enfatiza que o Direito Penal “se limita somente a castigar as ações mais graves contra bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico” ocupando-se apenas “de uma parte, fragmentos, se bem que de maior importância”.

Para impedir restrições desproporcionais aos direitos fundamentais, surge na esfera penal, o princípio da proporcionalidade (denominação adotada pelos alemães), também conhecido como razoabilidade (denominação adotada pelos norte-americanos) ou da proibição do excesso (denominação adotada pelos portugueses).

Na Constituição Federal de 1988 “não há norma constitucional expressa que faça referência ou trace o conteúdo” do princípio da proporcionalidade, “porém não há quem negue sua sede material no Direito Penal, “seja porquanto decorra da concepção de Estado de Direito, seja porque ínsita no aspecto material do princípio do devido processo legal (*substantive due process of law*)”¹⁷⁴.

Em termos gerais pode-se dizer que o princípio da proporcionalidade se encontra implícito no princípio do devido processo legal, que busca garantir aos cidadãos que tenham respeitadas as regras previstas na legislação pertinente.

Alertam, contudo, Antonio Scarance Fernandes, José Raul Gavião de Almeida e Maurício Zanoide Moraes¹⁷⁵ a proporcionalidade pode embasar uma relativização dos direitos e garantias fundamentais quando sopesado com interesses que embasariam o combate à criminalidade, e concluem:

Esse princípio que nasceu para coibir os excessos punitivos (administrativos e penais) do Estado, protegendo os direitos

¹⁷² Everaldo da Cunha Luna *apud* LUISI, Luis. *Op. cit.*, p. 39.

¹⁷³ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal y control social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1985. p. 72.

¹⁷⁴ FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide. **Sigilo no processo penal, eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 31.

¹⁷⁵ FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide. *Op. cit.*, p. 31.

fundamentais do indivíduo, hodiernamente assumiu um relevante papel de equilíbrio para a resolução de eventual entrechoque de outros princípios constitucionais¹⁷⁶.

O princípio da limitação das penas ou “princípio da humanidade” proíbe peremptoriamente as penas cruéis e que desconsideram o indivíduo como pessoa. Tem vigência absoluta e não deve ser mitigado no caso concreto. De acordo com Luis Luisi¹⁷⁷:

(...) a consagração do princípio da humanidade no direito penal moderno, deve-se ao grande movimento de ideias que dominou os séculos XVII e XVIII, conhecido como iluminismo. Os arautos do pensamento iluminista advogam a transformação do Estado partindo de duas ideias fundamentais. De um lado a afirmação da existência de direitos inerentes a condição humana, e de outro lado a elaboração jurídica do Estado *como se tivesse* origem em um contrato, no qual, ao constituir-se o Estado, os direitos humanos seriam respeitados e assegurados. Daí um direito penal vinculado a leis prévias e certas, limitadas ao mínimo estritamente necessário e sem penas degradantes.

A Constituição Federal de 1988 consagrou em vários dispositivos o princípio da humanidade. No inciso XLIX do artigo 5º versa que é “assegurado aos presos o respeito, à integridade física e moral”; e no inciso seguinte está disposto que “às presidiárias serão asseguradas as condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”. Porém, onde o princípio assume maior relevância é no inciso XLVII do aludido artigo 5º onde se ordena que não são permitidas penas: de morte, salvo em caso de guerra declarada; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento e cruéis.

O “princípio da necessidade e idoneidade” é decorrência lógica do princípio da proporcionalidade e significa que só poderá haver medida restritiva de direitos se estas medidas forem indispensáveis à preservação do bem jurídico legalmente protegido¹⁷⁸.

Por fim, o “princípio da ofensividade” considera que o direito penal brasileiro não pode tipificar como crime uma conduta que não oferecer, ao menos, um perigo concreto, real, permanente e comprovado de lesão ao bem jurídico. A punição de uma agressão em sua gênese, apesar de visivelmente útil do ponto

¹⁷⁶ FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide. *Op. cit.*, p. 31.

¹⁷⁷ LUISI, Luis. *Op. cit.*, p. 43.

¹⁷⁸ MASSON, Cleber Rogério. *Op. cit.*, p. 34.

de vista social, representa à proteção do indivíduo contra atuação abusiva do Estado. Nas palavras de Cleber Rogério Masson¹⁷⁹:

(...) não há infração penal quando a conduta não tiver oferecido ao menos perigo de lesão ao bem jurídico. Atende a manifesta exigência de delimitação do direito penal, tanto em nível legislativo como no âmbito jurisdicional.

O Estado Democrático de Direito tem como missão fundamental superar as desigualdades e instaurar um regime que realize a justiça social. Tendo em vista a miríade principiológica que rege um Estado desse cariz, sua incompatibilidade com direito penal do inimigo é claramente verificada por apenas uma variável que, por sua vez, pode ser esmiuçada em diversos sentidos dependendo da ênfase dada pelo investigador: o caráter preventivo. A função penal é “punitiva” e não pode ser revestida de uma missão geral preventiva, simplesmente porque acabaria por minar todo o arcabouço normativo que forma o sistema jurídico-penal brasileiro, que tem como principal característica o “garantismo”.

Sobre o garantismo penal, teoria que fundamenta o direito penal mínimo e comprova a incompatibilidade do direito penal do inimigo com o Estado Constitucional, Luigi Ferrajoli¹⁸⁰ principal defensor de tal teoria e responsável pela sua sistematização e difusão, expõe que a palavra “garantismo” pode ser compreendida sob três acepções: normativa, epistemológica e política.

No plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à potestade punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos; em consequência, é

¹⁷⁹ MASSON, Cleber Rogério. *Op. cit.*, p. 35.

¹⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 684 e ss.

Nas exatas palavras de Luigi Ferrajoli: “segundo um primeiro significado, ‘garantismo’ designa um ‘modelo normativo de direito’: precisamente, no que diz respeito ao Direito Penal, o modelo de ‘estrita legalidade’, próprio do ‘Estado de Direito’, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, conseqüentemente, ‘garantista’ todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente. Tratando-se de um modelo limite, dever-se-á, por outro lado, falar muito mais que de sistemas garantistas ou antigarantistas *tout court*, de ‘graus’ de garantismo; e, ademais, distinguir sempre entre o modelo constitucional e o efetivo funcionamento do sistema. Diremos, por exemplo, que o grau de garantismo do sistema penal italiano é decididamente elevado caso se considerem os seus princípios constitucionais, enquanto é posto em níveis baixíssimos, caso se considere a sua prática efetiva. E mensuraremos a adequação de um sistema constitucional, sobretudo pelos mecanismos de invalidação e de reparações idôneos, de modo geral, a assegurar efetividade aos direitos normativamente proclamados: uma Constituição pode ser muito avançada em vista dos princípios e direitos sancionados e não passar de um pedaço de papel, caso haja defeitos de técnicas coercitivas - ou seja, de ‘garantias’ - que propiciem o controle e a neutralização do poder e do direito ilegítimo” (FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 684).

garantista todo o sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo e satisfaz de maneira efetiva.

Portanto, o postulado básico do garantismo penal é o princípio da legalidade e visa controlar o poder punitivo do Estado exigindo deste o respeito aos princípios de: previsibilidade, igualdade, proporcionalidade e segurança jurídica, sem se esquecer das garantias formais asseguradas ao suspeito, ao processado e ao condenado, ou seja, busca um “direito penal mínimo”, entendimento este que conflita com o Direito Penal Simbólico¹⁸¹.

No plano epistemológico ou do conhecimento o garantismo se caracteriza como um sistema cognoscitivo ou de poder mínimo, operando como doutrina jurídica composta por duas categorias distintas: da validade e da efetividade do direito¹⁸².

Com efeito, a teoria garantista do direito penal é ao mesmo tempo normativa e realista: quanto ao funcionamento efetivo do direito penal, o garantismo autoriza a revelação dos lineamentos de validade e invalidade; referente aos modelos normativos, o garantismo é idôneo para desvendar o grau de efetividade e não efetividade da norma penal. Em ambos os aspectos, tanto da funcionalização do Direito Penal quanto da criação de normas penais, o garantismo opera como doutrina jurídica de legitimação, sobretudo no sentido negativo de “perda da legitimação interna do direito penal”, que exige dos intérpretes e aplicadores do Direito uma constante análise crítica sobre as leis vigentes, em decorrência do duplo ponto de vista que a teoria do garantismo penal comporta na aplicação da lei penal e na explanação dos motivos que levaram o julgador a aplicar a referida lei: “o ponto de vista normativo, ou prescritivo do direito válido e o ponto de vista fático, ou descritivo, do direito efetivo”¹⁸³.

¹⁸¹ Para Paulo Queiróz, o simbolismo não visa a solução de problemas, mas apenas a tranquilização social: “sigo simbólico porque a mim me parece claro que o legislador, ao submeter determinados comportamentos à normatização penal, não pretende, propriamente, preveni-los ou mesmo reprimi-los, mas tão-só infundir e difundir, na comunidade, uma só impressão - e uma falsa impressão - de segurança jurídica. Quer-se, enfim, por meio de uma repressão puramente retórica, produzir, na opinião pública, uma só impressão tranquilizadora de um legislador atento decidido” (QUEIRÓZ, 1999, p. 9).

¹⁸² FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 684-685.

¹⁸³ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 684. Acerca da acepção epistemológica, assim se manifesta Luigi Ferrajoli: “em um segundo significado, ‘garantismo’ designa uma ‘teoria jurídica’ da ‘validade’ e da ‘efetividade’ como categorias distintas não só entre si, mas, também, pela ‘existência’ ou ‘vigor’ das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o ‘ser’ e o ‘dever ser’ ‘no’ direito; e, alias, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente anti-garantistas), interpretando-a com a antinomia - dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica - que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas. Uma aproximação tal não é nem puramente ‘normativa’ nem puramente ‘realista’: a teoria que esta é hábil a fundar, precisamente, é uma ‘teoria da divergência’ entre normatividade e realidade, entre direito válido e direito efetivo, um e outro vigentes. [...] Esta perspectiva crítica não é externa, ou política ou metajurídica, mas interna,

Por fim, no âmbito político, o garantismo é definido como uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência e de maximizar a liberdade¹⁸⁴ e designa uma filosofia política que exige do Estado e do direito a incumbência da justificação externa baseada nos bens e interesses dos quais a garantia ou a tutela constituem a finalidade¹⁸⁵.

Em síntese, a teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli fixa um modelo normativo de estrita legalidade, próprio do Estado de Direito, em um plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo; num sentido político, apresentado como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade; e sob um significado jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. Assim sendo, é, conseqüentemente, garantista, todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.

A teoria do garantismo penal propõe ao ordenamento jurídico penal uma redução dos mecanismos punitivos do Estado ao mínimo necessário. Obviamente, todas as inovações derivadas do atropelo que a realidade mais recente impôs ao regramento criminal foram e persistem como objeto de discussões acaloradas,

científica e jurídica, no sentido de que assume como universo do discurso jurídico o inteiro direito positivo vigente, não lhe obliterando as antinomias mas evidenciando-as e, assim, retirando a legitimidade, do ponto de vista normativo do direito válido, os contornos antiliberais e os momentos de arbítrio do direito efetivo. Ela é, de outra parte, incomum na ciência e na prática jurídica, em que um equivocado juspositivismo confirma frequentemente comportamentos dogmáticos acríicos e contemplativos no que diz respeito do direito positivo, e sugere ao jurista a tarefa de cobrir-lhe ou fazer-lhe enquadrar as antinomias, mais que explicitá-las e denunciá-las. E assim o é mais ainda na cultura política e no senso comum, onde prevalece frequentemente o obséquio ao direito vigente, qualquer que seja, e aos seus modos mesmo ilegais de funcionamento prático. Em contraste com as imagens edificantes dos sistemas jurídicos oferecidas a partir de suas representações normativas, e com a confiança *a priori* difusa da ciência jurídica na coerência entre normatividade e efetividade, a perspectiva garantista requer, ao contrário, a dúvida, o espírito crítico e a incerteza permanente sobre a validade das leis e de suas aplicações e, ainda, a consciência do caráter em larga medida ideal - e, em todo caso não realizado e a realizar - de suas mesmas fontes de legitimação jurídica”) (FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 684-685).

¹⁸⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 685-686.

¹⁸⁵ Sobre o âmbito político do garantismo, Luigi Ferrajoli afirma o seguinte: “este ponto de vista foi próprio [...] do pensamento iluminista e da ‘ciência da legislação’, por este elaborada nas origens do moderno Estado de Direito; é comum, de outra parte, a toda perspectiva não conservadora, seja ela reformadora ou revolucionária. Mais em geral, a assunção de um ponto de vista externo ou político não encoberto sobre aquele interno ou jurídico forma o pressuposto de toda a doutrina democrática dos poderes do Estado, e não só dos poderes penais. Em um duplo sentido: porque o externo é o ponto de vista de baixo ou *ex parte populi*, e o interno é o ponto de vista do alto ou *ex parte principis*; e porque aquele exprime os valores extra ou meta ou pré-jurídicos ‘fundadores’, ou mesmo os interesses e as necessidades ‘naturais’ - individuais e coletivas - cuja satisfação representa a justificação ou a razão de ser das coisas ‘artificiais’; que são as instituições jurídicas e políticas. Entretanto, o atrofiamento de um autónomo ponto de vista externo, ou pior, a sua explícita confusão com aquele interno, forma a conotação específica de todas as culturas políticas autoritárias, de vários modos comuns reunidos nas ideias de autofundação e de autojustificação do direito e do Estado como valores em si: não meios, mas eles mesmos o fim. Acrescento que o ônus da justificação externa é idôneo para fundar doutrinas políticas que permitam justificações não absolutas ou totais, mas contingentes, parciais, *a posteriori* e condicionadas, não só, [...], do Direito Penal, mas mais em geral do Direito e do Estado” (FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 685-686).

mas o que mais fomenta o debate científico é exatamente a necessidade de preservação do sistema de garantias que inspirou o direito penal moderno.

A tarefa fundamental do Estado de Direito Democrático consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime que realize a justiça social¹⁸⁶. O garantismo penal assume papel fundamental para o Estado de Direito Democrático, através da sustentação do direito penal-constitucional, uma vez que tem como fito prover concretamente aos indivíduos as garantias positivadas pela Constituição. A conquista da valoração da pessoa humana constitui um bem da civilização contemporânea que não pode ser destruído ou minimizado.

O conceito de direito penal de garantias absorve todos os argumentos teóricos que demonstram a incompatibilidade entre o direito penal do inimigo e o Estado Democrático de Direito.

O primeiro deles é o do direito de punir do Estado que esbarra com o dever de garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos¹⁸⁷. Na síntese de Miguel Juarez R. Zaim¹⁸⁸, a teoria do direito penal do inimigo conflita com o Estado Democrático de Direito porque afronta os princípios constitucionais nele estabelecidos:

Em um Estado Democrático de Direito não se pode vislumbrar a possibilidade de um indivíduo ser tratado como um objeto de direito e não como um sujeito de direito. Da mesma forma, tratar um criminoso como inimigo, suprimindo-lhe garantias como o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, é totalmente inconstitucional. Os direitos fundamentais consistem em uma conquista da humanidade, que deve ser protegida, promovida e até melhorada pelo Estado. Seria um retrocesso a limitação de direitos fundamentais simplesmente com o objetivo de punir mais facilmente aqueles que violarem as leis. Agindo dessa forma, cria-se um verdadeiro estado de polícia que é incompatível com o Estado de Direito.

De fato, quando o Estado, ao invés de executar sua função de buscar o equilíbrio social por meio da justiça, passa a tratar certos criminosos como inimigos, “passa a agir como verdadeiro terrorista”¹⁸⁹.

¹⁸⁶ “Nos últimos anos, a defesa do ‘minimalismo’ vem sendo associada, sobretudo, às posturas defendidas por alguns dos mais significativos autores da denominada ‘Escola de Frankfurt’. Orientados para a defesa de um modelo ultraliberal do Direito Penal, propõem sua restrição para um ‘Direito Penal Básico’ voltado às condutas atentatórias contra a vida, a saúde, a liberdade e a propriedade, uma vez que advogam a manutenção das máximas garantias da lei, da imputação de responsabilidade e do processo”. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 2001. *Op. cit.*, p. 19).

¹⁸⁷ ZAIM, Miguel Juarez R. *Op. cit.*, p. 01.

¹⁸⁸ ZAIM, Miguel Juarez R. *Op. cit.*, p. 01.

¹⁸⁹ ZAIM, Miguel Juarez R. *Op. cit.*, p. 01.

O segundo motivo de justificação da incompatibilidade do Direito Penal do Inimigo com o Estado Democrático de Direito é a pretensa punição do indivíduo pelo que ele é e não pelo ato que praticou (direito penal do autor em substituição ao direito penal do fato). Assim, surge um direito penal deformado, discriminatório, racista e preconceituoso, porque “trata um cidadão possuidor de direitos como mero objeto e não como pessoa”¹⁹⁰.

Porquanto por negar especialmente o princípio maior da dignidade humana, que o direito penal do inimigo é considerado pela doutrina, a exemplo de Eduardo Demetrio Crespo¹⁹¹, como um “direito penal ilegítimo”. Ademais, trata-se de “direito penal do autor” e, como tal:

(...) infringe um princípio fundamental da teoria do direito segundo o qual a “validez” não pode derivar da “eficácia”, na medida em que constata-se que é um direito penal “vigente” e que corresponde ao jurista a tarefa de criticá-lo por sua incompatibilidade com o direito penal do estado de direito¹⁹².

Ao enfrentar a matéria em análise, Zaim¹⁹³ assevera que o “direito penal do autor” “atua de maneira tão repressiva que acaba punindo o agente pela simples cogitação do crime, ou seja, pune-se o mero pensamento”. Destarte, “o direito penal passa a controlar, inclusive, tudo que se passa na cabeça das pessoas, o que fere vários princípios penais, como o da lesividade, da ofensividade e da materialização do fato”.

Outrossim, a lógica da guerra adotada pelo direito penal do inimigo permite excessos por parte do Estado, “levando-se a um punitivismo exacerbado, o que acaba por destruir o princípio constitucional da razoabilidade, colocando-se em risco o Estado de Direito”¹⁹⁴.

A sociedade amedrontada exige rapidez e punições severas aos criminosos que a ameaçam. No entanto, não se pode associar a condenação ampla do criminoso ao conceito de justiça:

(...) sem o respeito aos princípios e garantias constitucionais e legais, nem se pode permitir ao Estado fazer qualquer coisa

¹⁹⁰ ZAIM, Miguel Juarez R. *Op. cit.*, p. 01.

¹⁹¹ CRESPO, Eduardo Demetrio. **O direito penal do inimigo *darf nicht sein!***: sobre a ilegitimidade do chamado direito penal do inimigo e a ideia de segurança. *In: Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais*, vol. 04. p. 122-152. São Paulo: RT, jan./jun. 2006. p. 234.

¹⁹² CRESPO, Eduardo Demetrio. *Op. cit.*, p. 234.

¹⁹³ ZAIM, Miguel Juarez R. *Op. cit.*, p. 01.

¹⁹⁴ ZAIM, Miguel Juarez R. *Op. cit.*, p. 01.

nessa busca pela condenação permitindo-o utilizar expedientes excepcionais como a interceptação telefônica, hoje amplamente deferida pelo Poder Judiciário, invasão de escritórios de advocacia, num flagrante desrespeito ao direito de defesa, prisões cautelares em demasia etc.¹⁹⁵.

Esses já são sintomas da prática, no Brasil, da teoria do direito penal do inimigo, que pretende suprimir garantias para punir o inimigo em nome da segurança do Estado. Punir o delinquente e garantir a segurança pública são essenciais, mormente na atualidade não apenas brasileira, mas do mundo todo, porém “não podem ser alcançadas a todo custo, sob pena de ferir a mais lúdima Justiça”. Não se pode olvidar que “a justa condenação só pode ser alcançada seguindo os princípios amplamente consagrados no mundo democrático”¹⁹⁶.

Como se vê, o direito penal do inimigo permite o exercício discriminatório da pretensão acusatória do Estado, de modo que “legitima” o desrespeito aos limites impostos pelos direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988, solapando a máxima da “dignidade humana”. Por isso é forçoso concluir que Direito Penal do Inimigo é incompatível com o Estado Democrático de Direito.

É preciso ter sempre em mente que o direito penal de garantias absorve um paradoxo: de um lado define as condutas delituosas, permitindo que o Estado inicie a persecução penal sempre que ocorra um fato previamente tutelado na norma penal; de outro, funciona como garantia individual do limite estatal de intervenção no direito de liberdade do agente que, em tese, tenha praticado uma conduta criminosa. Portanto, defender o direito penal de garantias, é resgatar a confiabilidade no sistema penal.

Com apoio na doutrina de Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira¹⁹⁷, é possível identificar o direito penal do inimigo talvez mais com o direito processual penal do que com o próprio direito penal, na medida em que antes de ser condenado um suposto autor de delito precisa passar por um procedimento para que seja apurado o grau de culpa, e “é essa apuração da culpa do suposto autor que o malfadado direito penal do inimigo deixa de lado”, eis que na fórmula do direito penal do inimigo “se o indivíduo está na lista de inimigos do Estado, então

¹⁹⁵ ALMEIDA, Ronny Aparecido Alves. **O direito penal do inimigo e sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito**. In: *Revista de crítica jurídica*, periódico quadrimestral de crítica ao direito, vol. 01, p. 21-23. São Paulo: Rditores Adriano de Assis Ferreira e Renata Jardim da Cunha Rieger, mai./ago. 2009. p. 22.

¹⁹⁶ ALMEIDA, Ronny Aparecido Alves. *Op. cit.*, p. 22.

¹⁹⁷ SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. **Direito penal do inimigo, ou um direito penal pelas metades**. In: *Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais*, vol. 12. p. 213-230. São Paulo: RT, jan./jun. 2010. p. 225.

ele é culpado. Prescinde-se, portanto, do exame de culpa”. Dessa forma, não são garantidos importantes direitos fundamentais, como o contraditório, e a ampla defesa. Existe processo, mas não da forma devida (devido processo legal).

Funciona, assim, o direito penal do inimigo, como um “direito penal básico” processado por meio de um “direito processual mínimo”, direcionado para pessoas específicas, vale dizer, aquelas que em determinado momento são definidas como “inimigos sociais”, que sabem de antemão que serão condenadas. Trata-se de uma “segurança jurídica que ninguém saudável quer ter, que nenhum Estado honestamente democrático de direito quer conferir a seus cidadãos”¹⁹⁸.

O direito penal mais condizente com o estado Democrático de Direito segue sendo o direito penal mínimo, que encontra limites nas liberdades das pessoas, contra a pretensão acusatória arbitrária do Estado, e que deve ser conduzido com racionalidade e certeza. Mesmo que o princípio da *ultima ratio* venha a ser flexibilizado de alguma forma, o direito penal deve servir ao seu propósito de instrumento de controle social, pela restrição das liberdades de alguns para tutelar as liberdades de outros, porém sem ser transformado num instrumento de opressão social¹⁹⁹.

Diante do exposto, em um Estado Democrático de Direito espera-se um controle social sem opressão, com penas aplicadas depois de cumprido o devido processo legal, justificando-se a sanção como momento de reflexão pelo mal praticado e como ferramenta de ressocialização para que o indivíduo tenha a oportunidade de mudar seu comportamento contrário à harmonias e paz social que todos almejam. Cada ação delituosa tem sua pena correspondente que deve ser respeitada, sem violar direitos fundamentais não atingidos pela referida sanção.

2.4.

Papel da mídia e sua influência no processo penal

É inegável que o direito penal e o processo penal trazem o peso da infâmia para o acusado e até para a vítima, assim como o processo investigatório que leva, quase que automaticamente, à violação da vida privada. No entanto, o que

¹⁹⁸ SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. *Op. cit.*, p. 225.

¹⁹⁹ SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. *Op. cit.*, p. 225.

vem acontecendo no Brasil das últimas décadas é uma intensificação dessas mazelas inevitáveis, pela superexposição da imprensa, que acaba instigando o clamor público e desenvolvendo na opinião pública interpretações equivocadas.

É certo que o sigilo só pode ser decretado se for para assegurar o bom andamento das investigações e nunca para impedir o livre exercício da imprensa; no entanto, são necessários, na divulgação, cuidados para não tratar o indiciado e o acusado como culpados. Não é demais exigir da imprensa o dever de respeito à pessoa do indiciado e do acusado, ao menos certa reserva quanto à divulgação de fatos e imagens que induziriam a uma pré-convicção de culpa, de forma a dar aos fatos expostos o caráter definitivo, antes da sentença transitada em julgado²⁰⁰.

Os meios de comunicação em massa estão acostumados a desrespeitar a presunção de inocência dos suspeitos, e parece não haver solução para o impasse no plano institucional ou legal, tendo em vista que a liberdade de imprensa é corolário das sociedades democráticas, como a brasileira. Talvez a solução esteja no plano moral, no agir com senso de responsabilidade, porque a liberdade de imprensa não pode entrar em conflito com a dignidade das pessoas. A comunicação de massas, atualmente, atua em uma sociedade globalizada e os fatos repercutem rapidamente por todo o mundo, por essa razão, “faz-se necessária uma regra moral de aplicação global”²⁰¹.

Em algumas situações o trabalho de investigação da imprensa é essencial por constituir, muitas vezes, o único modo de trazer à tona situações ou fatos até então ignorados ou descuidados pelas autoridades competentes²⁰². Serve como apoio ao Ministério Público e às forças policiais no combate ao ato ilícito, seja nas máquinas administrativas federal, estaduais e municipais, seja no setor privado, e ao crime organizado. No entanto, apesar da relevante importância da imprensa investigativa, o profissional da comunicação deve ter responsabilidade na apuração e divulgação dos fatos e levar sempre em conta não o interesse do público, mas o interesse público. De fato:

(...) é inegável a importância da mídia na sociedade da informação, contudo, cumpre lembrar que os meios de comunicação não são neutros, e para a quase totalidade da

²⁰⁰ PINHEIRO, Aline. **Segredo de justiça**: a regra é a publicidade dos autos, diz desembargadora. In: *Dica Jurídica*, 09 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://www.abm.org.br/integradica.asp?quem=44>>. Acesso em: 21 dez. 2017. p. 01.

²⁰¹ BALDASSARE, Antônio. **Imprensa investigativa em xeque**. In: *Associação Nacional de Jornais*, dezembro de 2002. Disponível em: <<http://www.anj.org.br/jornalanj/index.php?q=node/270&PHPSESSID=83ebaa0507472f288f5367265c7b7b7e>>. Acesso em: 21 dez. 2017. p. 01.

²⁰² BALDASSARE, Antônio. *Op. cit.*, p. 01.

população, a realidade é que a mídia diz que ela é. Isso porque há um distanciamento entre aquilo que é real e aquilo que é virtual, o que resulta num clamor público decorrente de uma alienação social manipulada²⁰³.

É evidente que o “denuncismo” da imprensa traz inconvenientes nos casos em que a notícia invade o terreno do Poder Judiciário, quando acusam, julgam e condenam. Esses atos são de competência exclusiva do Poder Judiciário, por determinação constitucional e legal, com a valiosa colaboração do Ministério Público e da Polícia Judiciária.

Neste pensar, a imprensa não pode, de forma alguma, levar à coletividade a falsa conclusão de que o indiciado ou acusado é culpado antes do pronunciamento final do julgador, numa sentença penal devidamente transitada em julgado²⁰⁴.

A imprensa brasileira tem predileção pela cobertura da polícia, mas ignora aquela sobre a Justiça. Todo jornal tem um setorista ou uma equipe de repórteres policiais, mas, a julgar pelos grandes diários, raríssimos são os que mantêm um profissional especializado ou, ao menos, com conhecimentos básicos sobre os ritos judiciais. É claro que a predominância da matéria policial sobre a judicial, ou de denúncia e crime sobre o julgamento, explica-se melhor nas páginas de Freud que nas dos manuais de redação²⁰⁵.

E nessa urdidura, raramente os direitos dos cidadãos são respeitados. O “julgamento” (leia-se, a condenação pelo *mass media*), frequentemente, está embutido na notícia policial e, sendo assim, na lógica onipotente da imprensa, o julgamento propriamente dito, a ser feito pela justiça, não é mais notícia, a menos que a sentença referende as matérias de condenação. Ademais, quando se fala em mídia:

(...) a questão da manipulação de notícias e imagens é latente, até porque o acesso à informação é tão gigante que a mesma notícia pode vir com enfoques e exposição diferentes, o que certamente demonstra o quão vasta são as possibilidades de ferimento aos direitos e garantias. Nesse enfoque, muito das concepções sociais advêm de uma moral individual, mas que

²⁰³ PINHEIRO, Paulo Roberto Meyer; *Et al.* **O papel da mídia e o clamor público: reflexões sobre a ameaça ao garantismo.** In: *Revista de Direitos Fundamentais e Justiça - DFJ*, ano 11, nº 36, Belo Horizonte: Fórum, jan./jun. 2017. p. 10.

²⁰⁴ BALDASSARE, Antônio. *Op. cit.*, p. 01.

²⁰⁵ GUTENBERG, Instituto. **Por que a imprensa destaca a notícia de acusação e depois abrandando ou omite a notícia de absolvição?** In: *Boletim*, nº 2, abril de 1995. Disponível em: <<http://www.igutenberg.org/emquest2.html>>. Acesso em: 21 dez. 2017. p. 01.

também sofre influências externas, principalmente dos ditos “formadores de opinião”²⁰⁶.

Mesmo quando o suspeito é inocentado pela justiça, as notícias sobre as decisões dos juízes citam mais a acusação que a absolvição. Mas antes de ética, a questão é técnica: “se o fato de ontem é o contrário hoje, a obrigação da mídia é dar a notícia para manter seu público bem informado”.

Se de um lado, são raros os casos de responsabilização da imprensa por abusos, de outro, eles são constantes na sociedade brasileira. A imprensa acaba desencadeando equívocos na opinião pública, cuja condenação é muito mais cruel que a condenação judiciária. O historiador Sanderson Moura²⁰⁷ lembra que:

A “opinião pública” acusou, julgou e condenou Sócrates (500 a.C), Jesus Cristo, (33 d.C), Jean Calas (1762), Dreyfus (1898), Mota Coqueiro, os Irmãos Naves e muitos e muitos outros. Há pontos em comum entre esses acusados: todos eram inocentes, e foram condenados pela “opinião pública” de alguns. Sócrates foi morto pela opinião das elites da polis ateniense. Jesus Cristo foi crucificado pela opinião dos sumos-sacerdotes. Calas foi condenado pela opinião de alguns protestantes fanáticos. Dreyfus foi supliciado pela opinião de alguns antisemitas radicais. Mota Coqueiro (06 de março de 1855) foi enforcado pela opinião de seus adversários. Os Irmãos Naves (1937) pereceram no cárcere pela opinião de um delegado e de um promotor.

Sócrates foi, provavelmente, o maior filósofo de todos os tempos. Ele viveu em Atenas, na Grécia, por volta de 500 anos antes do nascimento de Jesus. Durante os seus 70 anos de vida, Sócrates procurou ensinar, através da dialética (diálogos), as verdades espirituais eternas, questionando sempre as falsas tradições da cultura helenística. Acabou despertando ódio e inimizades entre os detentores do poder e da cultura, que o acusavam de estar corrompendo a juventude ateniense. Foi levado a julgamento e condenado à morte pela ingestão de cicuta, um poderoso veneno²⁰⁸.

Jean Callas (1698-1762) foi um rico comerciante que viveu na França, na cidade de em Toulouse, tornando-se famoso por ter sido vítima de um julgamento preconceituoso pelo simples fato de professar a fé protestante. Foi transformado

²⁰⁶ PINHEIRO, Paulo Roberto Meyer; *Et al. Op. cit.*, p. 10.

²⁰⁷ MOURA, Sanderson. **A opinião pública, a justiça e o bom juiz**. Artigo publicado em 09 de abril de 2005. Rio Branco - Acre: Universidade Federal do Acre - FAC. Disponível em: <<http://www.ufac.br/imprensa/2005/abril/artigo2005.html>>. Acesso em: 20 dez. 2017. p. 01.

²⁰⁸ PIAIA, Raphael L. **O julgamento de Sócrates**. Artigo elaborado em dezembro de 2010. Disponível em: <<https://vdocuments.site/download/o-julgamento-de-socrates-559ca28d69519>>. Acesso em: 21 dez. 2017. p. 01.

num símbolo francês da intolerância religiosa cristã, juntamente com Jean-François de la Barre e Pierre-Paul Sirven²⁰⁹.

Jean Callas sempre se declarou inocente, mas o clamor público ávido por justiça não o ouviu. Foi executado numa cerimônia macabra. Tempos depois Dominique Audibert, negociante de Marselha, levou o caso até o iluminista François-Marie Arouet, Monsenhor de Voltaire. O referido pensador iluminista conseguiu provar o erro judiciário por conta da decisão sem provas. Para processar novamente, as autoridades judiciárias exigiriam custas altíssimas, mas a viúva não dispunha dos recursos. Então, Voltaire e seus amigos pagaram as despesas do novo julgamento e, no final, o procedimento foi anulado por vícios procedimentais, Jean Callas foi reabilitado e declarado inocente e a família foi indenizada pelo Estado.

Dreyfus, capitão francês, de origem judaica, foi denunciado por espionagem. Teria passado à Alemanha segredos militares franceses, quando as feridas da guerra de 1870 ainda borbulhavam. A partir daí, nasceu o Caso Dreyfus, um processo que iria chamar a atenção do mundo pela violência e infâmia contra um homem inocente. A França inteira transbordou em cóleras contra o honrado capitão, cujas patentes estavam a prêmio. Urgia provar tratar-se de um hediondo traidor, apátrida, réprobo, indigno de respirar o ar que respirara Joana D'Arc e os demais heróis da nação francesa. Julgado por um tribunal de guerra, a portas fechadas, um tribunal que sem uma prova documental teria de condenar alguém, lá foi Dreyfus para o pátio da escola militar, onde, diante da tropa e dos oficiais, foi despojado das dragonas, do talabarte, da túnica, das botas. Deixaram-no em cuecas e de quepe, a fim de que o ridículo o expusesse à história. Tocou-se a 'Marselhesa', rufaram tambores, o trôpego Dreyfus dirigiu-se por conta própria ao comandante do batalhão, dizendo com serenidade e arrojo: 'Sou inocente. Viva a França!'. Foi trazido para a fronteira do Brasil com a Guiana Francesa, depositado na Ilha do Diabo, onde viveu em condições degradantes até 1906, quando reconquistou a liberdade e os direitos civis. A esposa e os filhos foram exilados e excomungados, julgados arbitrariamente como cúmplices²¹⁰.

A última execução de pena de morte no Brasil, ocorrida no final do século passado, foi um erro judiciário, reconhecido quando já não se podia voltar atrás

²⁰⁹ GODOY, Arnaldo. **Caso Callas, o processo da intolerância religiosa**. In: *Revista Consultor Jurídico*, 20 de setembro de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-20/embargos-culturais-callas-processo-intolerancia-religiosa>>. Acesso em: 21 dez. 2017. p. 01.

²¹⁰ COELHO, Lauro Machado. **Caso Dreyfus: a fraude que revoltou a França**. A história da fraude jurídica armada pelo Exército francês que condenou um capitão à prisão perpétua. Publicado em 31 maio 1994. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/historia/caso-dreyfus-a-fraude-que-revoltou-a-franca>>. Acesso em: 21 dez. 2017. p. 01.

porque não havia como devolver a vida à pessoa injustamente morta pelo Estado. O réu, Manuel da Mota Coqueiro, tinha sido forçado a confessar a autoria e por isso foi morto, assassinado com as bênçãos do Estado²¹¹.

Outro caso clamoroso de erro judiciário ocorrido no Brasil teve como vítimas dois modestos trabalhadores rurais, os irmãos Naves. Eles tinham-se envolvido numa briga com um colega de trabalho e logo em seguida este desapareceu. Os únicos fatos conhecidos eram a briga recente e o desaparecimento da pessoa, mas devido à correlação entre ambos os fatos, os irmãos Naves foram acusados de assassinato, além do crime de ocultação de cadáver. Imediatamente presos, confessaram na prisão a autoria do crime e foram condenados. Alguns anos depois, quando um dos irmãos Naves já havia morrido na prisão e o outro continuava preso, a suposta vítima reapareceu, viva e disposta a esclarecer a história. Não tinha havido assassinato algum e os dois irmãos eram inocentes. Depois da briga, temendo sofrer alguma violência, o trabalhador que havia brigado com os Naves decidiu mudar-se para um lugar bem distante. Como era solteiro e pobre carregou nas costas tudo o que possuía e foi para longe sem dar notícia a ninguém. Acusados do assassinato e tendo sido violentamente espancados na prisão os irmãos Naves confessaram a autoria de um crime que não tinha cometido. E assim foram condenados²¹².

Por meio dos exemplos citados pode-se verificar que a opinião pública é capaz de “acusar, julgar e condenar pessoas que a lei presume inocentes”. Substitui leis e justiça. No Brasil, a “opinião pública”, também chamada de “clamor público”, vem sendo considerada por parte da doutrina, requisito para se decretar prisões preventivas, muito embora não esteja descrita no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Segundo Sanderson Moura²¹³, em suas ácidas críticas, assim expõe seu pensamento em análise aos equívocos da opinião pública:

Basta o comentário de um jornalista, de um parlamentar, de um cartaz de protesto pregado em algum canto qualquer para justificar a segregação do acusado. A força da “opinião pública” está tão ousada que basta a ela se fazer referência para se fundamentar o agrilhoamento do cidadão. Tobias Barreto gritava, quando decisões da Justiça tinham sido influenciadas pela “opinião pública”: “Justiça, peituda e vendada ou peitada e

²¹¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Pena de morte**: um assassinato inútil. In: *DHNet*, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/penamorte/dalmodallari.html>>. Acesso em: 21 dez. 2017. p. 01.

²¹² DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. cit.*, p. 01.

²¹³ MOURA, Sanderson. *Op. cit.*, p. 01.

vendida?”. Se o que está valendo é “opinião pública”, então não precisamos mais do Poder Judiciário (*sic*).

Neste pensar, quando a Constituição Federal de 1988 estabelece garantias aos acusados é em defesa da própria sociedade que não pode estar à mercê de arbítrios, suposições, parcialidades e ilações ocultas de toda natureza. São direitos não apenas de quem está sendo acusado, mas de todo cidadão brasileiro. Constitui-se base de convivência democrática de qualquer Estado de Direito.

Consoante Sanderson Moura²¹⁴, citando Nelson Hungria, “bem sabemos que a opinião pública e a Justiça não são boas companheiras. A opinião pública é paixão enquanto a Justiça é serenidade. Quando a opinião pública entra pela porta do Tribunal, a Justiça pula espavorida pela janela para se refugiar no céu”.

É facilmente perceptível a sensação pública de impunidade quando os meios de comunicação noticiam que determinado juiz concede ao acusado o direito de esperar em liberdade pelo julgamento da ação penal. A forma como a notícia é veiculada acaba influenciando e formando opiniões, criando a figura do “inimigo público” nas notícias que acabam penalizando meros suspeitos, sem nenhum cuidado ou respeito aos princípios constitucionais dessas pessoas, “gerando um duelo entre poderes, pois a informação é, por vezes, carregada de um discurso crítico, fazendo uma análise imediata da situação, não respaldada nos preceitos legais e constitucionais”. Direitos de suspeitos são violados diante do Estado, “que legisla de forma simbólica, pressionado por certos grupos sociais e atendendo a outros interesses”²¹⁵.

A Constituição Federal de 1988 protege o cidadão e seus direitos fundamentais, pautados na máxima da dignidade humana, que não pode ser ameaçada nem pela imprensa sensacionalista e, menos ainda pelo clamor social. A Constituição Federal de 1988 prevê direitos e garantias aos cidadãos visando assegurar o devido processo legal e justo. A todos são assegurados: o juiz natural, a ampla defesa, o contraditório, a preservação da imagem, a vida privada e a presunção de inocência. No entanto, a “opinião pública” está subvertendo as normas jurídicas do Estado Democrático de Direito²¹⁶.

A “opinião pública” suprime fórmulas, dispensa a defesa, rasga as garantias constitucionais, faz literatura de sensação, incita a população, cria

²¹⁴ *Idem.*, *ibidem*.

²¹⁵ PINHEIRO, Paulo Roberto Meyer; *Et all. Op. cit.*, p. 10.

²¹⁶ MOURA, Sanderson. *Op. cit.*, p. 01.

impressões falsas, humilha o acusado, sugestiona testemunhas, perturba os juízes e inspira sentenças iníquas. É forçoso reconhecer que não é tarefa fácil harmonizar a opinião pública com o direito penal e seus princípios, especialmente nos casos de grande repercussão midiática nos quais “os apelos por julgamentos sumários se chocam com a própria existência de um sistema que deve responder ao evento criminal a partir de regras preestabelecidas que precisam garantir os direitos dos acusados”²¹⁷.

Nesses casos, se os julgadores cederem ao clamor da opinião pública, irão abdicar da própria identidade da justiça penal, construída por meio de muitos debates e movimentos ao longo de séculos. A população imediatista vai sempre criticar os operadores do direito penal. Por isso, o direito penal não só pode como deve se manter afastado da justiça desejada pela opinião pública. Muitas das decisões dos juízes dependem de conhecimento técnico que a população ignora. No entanto, “esse distanciamento inevitável que o sistema de direito criminal deve tomar da opinião pública não implica uma completa indiferença a ela”. A falta de transparência, não apenas do Poder Judiciário, mas da Administração Pública como um todo, tem sido o grande obstáculo à aproximação popular. A credibilidade do sistema judiciário “junto à opinião pública seria bastante favorecida se houvesse um esforço maior de prestar contas de suas atividades”²¹⁸.

Ao se debruçar sobre a opinião pública e o sistema de direito criminal, José Roberto Franco Xavier conclui que é preciso considerar:

(...) que o sistema de direito criminal se encontra numa péssima posição em termos de relações públicas: trata-se de um sistema que nunca poderá entregar aquilo que promete. De um lado, a promessa de promover uma sociedade mais segura, de combater o crime, de dissuadir eventuais transgressores e neutralizar aqueles que já transgrediram, de reabilitar e reintegrar à sociedade aqueles que são condenados e, ainda, de fazer justiça. De outro lado, a expectativa da sociedade que esse sistema faça tudo isso e ainda mais. Em resumo, temos aí um cenário de promessas irrealistas para um público com expectativas desmesuradas. A relação do sistema de direito criminal com a opinião pública é, sob esse ângulo, uma perpétua máquina de produzir frustrações²¹⁹.

²¹⁷ XAVIER, José Roberto Franco. **A opinião pública e o sistema de direito criminal**: sobre as dificuldades de compreender essa relação complexa. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 112. p. 149-164, São Paulo: RBCrim, jan./fev. 2015. p. 50.

²¹⁸ XAVIER, José Roberto Franco. *Op. cit.*, p. 59.

²¹⁹ XAVIER, José Roberto Franco. *Op. cit.*, p. 60.

Nesse complexo cenário fica difícil proteger os julgadores da influência da opinião pública, fortemente instigada pelos meios de comunicação em massa. Para Rui Barbosa, citado por Sanderson Moura²²⁰:

Não sigais os que argumentam com o grave das acusações, para se armarem de suspeitas e execração contra os acusados; como se, pelo contrário, quanto mais odiosa à acusação, não houvesse o juiz de se precaver mais contra os acusadores, e menos perder de vista a presunção de inocência, comum a todos os réus, enquanto não liquidada a prova e reconhecido o delito.

Neste contexto, nas palavras do citado autor, um julgador democrático não pode “cortejar a popularidade agravando o rigor das leis para se acreditar com o nome de austero e ilibado, angariando reputação com a violação dos textos legais”. Nas suas palavras:

O bom juiz não transige com as conveniências, não delibera influenciado pelas paixões insanas da “opinião pública”. O bom juiz não antepõe o draconianismo a equidade. Por fim, o bom juiz não decide por acepções de pessoas, dando tanto ao nobre como ao plebeu as razões justas que lhes pertencem. O bom juiz não sofre de complexo de pilatos lavando as mãos diante da “opinião pública”, deixando-se arrastar por ela. O bom juiz é o garantidor da razoável aplicação das leis, porque sabe que sua função não é acusar, mas distribuir justiça²²¹.

A sociedade brasileira sempre demonstrou grande interesse no processo penal, porém a superexposição de casos penais pela imprensa sensacionalista “não pode ser tratada como motivo no momento de proferir uma sentença por parte do juiz, influenciando o processo penal”. Não se pode admitir que a sociedade acuse e condene sem provas, com base somente nas informações que recebeu pela mídia. Por sua vez, a imprensa “não pode levantar falso, pois não tem conhecimento suficiente sobre o caso. A consequência são garantias fundamentais ameaçadas por esse sentimento chamado clamor social”²²².

Inegavelmente, os magistrados podem ser influenciados pela mídia, especialmente nos casos de exposição exagerada que dificultam a coleta de provas e naqueles de competência do Tribunal do Júri em que os jurados estão expostos à atuação midiática. Assim, a capacidade de formar opiniões por meio das notícias propagadas pela imprensa transforma o protetor de direitos em algoz.

²²⁰ MOURA, Sanderson. *Op. cit.*, p. 01.

²²¹ MOURA, Sanderson. *Op. cit.*, p. 01.

²²² PINHEIRO, Paulo Roberto Meyer; *Et all. Op. cit.*, p. 10.

Nesse cenário, “leis passam a ser promulgadas em virtude da pressão provocada pela cobertura midiática; [...]. Decisões judiciais são proferidas para não contrariar as expectativas criadas e alimentadas pelo discurso dos meios de comunicação”²²³.

A violência noticiada pelos meios de comunicação passa para o plano do imaginário social, produzindo reflexos comportamentais, tanto no sentido de tornar a sociedade mais violenta e intolerante, como no sentido inverso de sua aceitação como normalidade, sem indignação. A população aceita construir muros, não sair à noite, e a consumir cada vez mais informação veiculada pela mídia, que consegue seus objetivos no acúmulo de lucros à custa do medo e do sofrimento alheios. É preciso trazer o debate sobre a relação entre o crime e a mídia a lume, eis que os efeitos são nefastos e vão muito além do imaginário popular²²⁴.

Como lembra Marcus Alan de Melo Gomes²²⁵, “não é de hoje que se denuncia o poder da mídia de relegitimar o sistema penal”. Usando um “discurso de sustentação do punitivismo, o *mass media* conseguem esconder dos olhos da maioria os paradoxos das agências de controle penal”, vale dizer, “quanto mais se pune, mais se precisa da punição. Essa é a lógica que orienta o mercado midiático quando o assunto é a criminalização”.

Somente um Poder Judiciário livre de preconceitos, dos equívocos da “opinião pública” e das pressões alienígenas, das nótulas facciosas, poderá encontrar a verdade e fazer justiça. As normas fundamentais, os valores e princípios constitucionais atuam convergentemente e é a partir deles que o jurista deve interpretar toda norma jurídica.

Tem-se, pois, um quadro de “luta” e “guerra” à criminalidade e corrupção (germe de uma cultura da excepcionalidade), instrumentalizado em um discurso que coloca o acusado como inimigo e tendo o direito como uma arma, trazendo consideráveis perigos ao Estado de Direito e seus princípios mais caros como o *nemo tenetur se detegere*. Nessa urdidura, faz-se necessário entender o que significa o princípio *nemo tenetur se detegere*.

²²³ MASI, Carlo Velho; MOREIRA, Renan da Silva. **Criminologia cultural e mídia**: um estudo da influência dos meios de comunicação na questão criminal em tempos de crise. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 108, p. 437-460. São Paulo: RBCCrim, mai./jun. 2014. p. 453-453.

²²⁴ MASI, Carlo Velho; MOREIRA, Renan da Silva. *Op. cit.*, p. 454.

²²⁵ GOMES, Marcus Alan de Melo. **Crítica à cobertura midiática da operação lava jato**. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 122, p. 229-253. São Paulo: RT, set./out., 2016. p. 242.

3

A consagração do princípio da não autoincriminação como direito fundamental

A pretensão punitiva que surge com a prática da infração penal permite ao Estado, como representante da sociedade, exigir que o interesse do autor em conservar a sua liberdade se subordine ao seu, de restringi-la por meio da aplicação da pena, atuando com vistas a promover a segurança pública e a reintegração da ordem jurídica. No processo penal, embatem-se, então, a pretensão acusatória Estatal e o *jus libertatis*; o interesse estatal em punir o réu, se culpado, e o interesse deste em não se ver limitado em sua liberdade.

Outrora, a crença na possibilidade de efetiva apreensão da verdade real pelo juiz, aliada ao eminente interesse público no processo penal, conduziu à estruturação de um sistema que cancelava a busca da perfeita reconstituição dos fatos a todo custo. Hodiernamente, no entanto, o dogma da verdade real encontra-se enfraquecido, reconhecendo-se que a verdade objetiva, certa, absoluta, representa um ideal inatingível.

Considerando as limitações e a falibilidade humanas, não se pode esperar a consecução de uma verdade absoluta, mas de uma aproximação. Ademais, a averiguação da veracidade das teses apresentadas pelas partes, referentes aos fatos ou ao direito, é limitada pelas normas constitucionais e infraconstitucionais que a disciplinam. No dizer de Ferrajoli, "não é só a verdade que condiciona a validade, mas é também a validade que condiciona a verdade no processo"²²⁶. A legitimidade do poder punitivo estatal depende do respeito a valores basilares de nosso ordenamento jurídico, representados pelos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente tutelados.

Dentre as limitações impostas à busca da verdade no processo penal, insere-se o princípio da não autoincriminação, expresso pelas máximas *nemo tenetur se detegere*, *nemo tenetur prodere seipsum* e *nemo tenetur turpitudinem suam*, e conhecido, no direito anglo-americano, como *privilege against self-incrimination*. Tal princípio, em linhas gerais, significa a faculdade de não produzir provas que possam contribuir para a própria incriminação, opondo-se à concepção de um processo penal voltado para a busca ilimitada da verdade real, em que se

²²⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: RT., 2006, p. 62.

valia preponderantemente dos conhecimentos do acusado para alcançar a certeza moral de sua culpabilidade.

O princípio *nemo tenetur se detegere* está presente em diversos ordenamentos jurídicos, bem como em convenções internacionais. Na dicção de Haddad, "a maioria dos Estados consente em aplicá-lo, porque são inerentes a todos os povos o instinto de autopreservação e a correlata opção por não produzir provas contra si mesmo"²²⁷.

3.1.

Retrospecto histórico

Embora o princípio da não autoincriminação expresse um anseio ínsito à própria natureza humana, nem sempre foi assegurada ao acusado a faculdade de não colaborar com o Estado no exercício de sua atividade persecutória, o que apenas se deu como resultado de um complexo processo de revalorização da pessoa humana e de relativização do interesse social.

Encontra-se, na doutrina, referência à origem do princípio *nemo tenetur se detegere* na lei talmúdica hebraica, na qual vigorava a máxima *ein Adam seipsum tenetur*, segundo a qual o homem não deve apresentar-se como culpado. Explica-se o acolhimento da regra entre os hebraicos pela crença de que a vida pertence a Deus, de modo que ao homem não era dado dela dispor, assumindo-se culpado do cometimento de um crime que o sujeitasse à pena capital²²⁸.

Apesar de haver registros de uma noção primitiva do princípio em apreço em civilizações antigas, interessa-nos a análise do contexto sociocultural que propiciou a sua consagração tal como atualmente compreendido.

²²⁷ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação. Campinas: Bookseller, 2005, p. 89.

²²⁸ JANUÁRIO, Daniel. A evolução histórica do princípio contra a autoincriminação no cenário mundial e no direito brasileiro. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, Foz do Iguaçu, v. 11, n. 1, p. 45-52, jan/jun, 2008, p. 46.

3.1.1.

Europa Continental

O *ius commune*²²⁹ conhecia a regra contra a autoincriminação, expressa pela máxima *nemo tenetur prodere seipsum*. São João Crisóstomo, patriarca da Igreja de Constantinopla, no final do século IV e início do século V, comentando a carta de São Paulo aos Hebreus, disse que uma pessoa não é obrigada a trair-se em público ou acusar-se perante outros, mas a revelar suas ações perante Deus. Transpostas essas palavras para o âmbito jurídico, delas extraía-se que o homem deveria confessar seus pecados a Deus, mas não poderia ser compelido a admitir seus crimes a ninguém mais. Segundo Helmholz, a máxima esteve presente no mais popular manual de processo penal medieval, o *Speculum Iudiciale*, compilado por William Durantis²³⁰.

Não obstante o reconhecimento desse precedente, não se atribui a origem do princípio em estudo ao *ius commune*, em razão da adoção de práticas que implicaram o abandono da regra por longo período subsequente.

A difusão da ideia de um direito de não se autoincriminar, na Europa Continental, relaciona-se intimamente com a sistemática do interrogatório e da confissão do acusado característica do tipo de processo penal predominante no final da Idade Média e no *ancien régime*, objeto de veementes oposições, mormente a partir de meados do século XVIII.

O sistema de matiz acusatório herdado dos germânicos transformara-se, na Idade Média, em instrumento de injustiças, em razão das diferenças sociais e econômicas que afastavam a pretendida igualdade das partes, bem como da irracionalidade dos meios probatórios (duelos judiciais e ordálias), baseados na crença na interferência divina na solução dos conflitos. Como forma de fugir a essa problemática, o Direito Canônico adotou um sistema inquisitivo, de inspiração romana.

Inicialmente, o processo inquisitivo tinha caráter excepcional, destinando-se à repressão das condutas irregulares dos membros clero, mas logo se tornou

²²⁹ Segundo Helmholz, o termo *ius commune*, literalmente traduzido como “direito comum”, refere-se à combinação dos Direitos romano e canônico, produto de um renascimento da ciência jurídica ocorrido no século XII, que se desenvolveu plenamente nos séculos que se seguiram. Base para a educação legal em todas as universidades europeias, antes da Era das Codificações, o *ius commune* era aplicado nas cortes continentais onde nenhum estatuto local ou costume ditasse o contrário. Também fornecia as regras básicas que governavam a prática nas cortes eclesiásticas inglesas. HELMHOLZ, Richard. H. et al. The privilege against self-incrimination: its origins and development. Chicago: The University of Chicago Press, 1997, p. 6-7.

²³⁰ *Ibid.*, p.17.

ordinário, por favorecer a luta contra a heresia, que, por sua gravidade em face das estruturas dominantes à época, justificava o emprego de meios radicais. Abordando o motivo da difusão do sistema inquisitivo no curso da Idade Média, Girard explica que as heresias representavam um perigo evidente à ordem religiosa estabelecida, mormente a partir do século XII, quando passaram a se manifestar amplamente na forma de movimentos populares que colocavam em risco o princípio da hierarquia responsável pela grandiosidade da Igreja única da época²³¹.

Posteriormente, sob a influência da Igreja Católica, o modelo inquisitivo passou a prevalecer em relação a todos os delitos, devido às vantagens que representava para os governos absolutos.

No século XIII, o Papa Inocêncio III estabeleceu que o processo criminal eclesiástico poderia iniciar-se de três formas, a saber: *per accusationem*, *per denuntiationem* et *per inquisitionem*²³². Posteriormente, o sumo pontífice determinou que todos os processos fossem precedidos da *inquisitio*, regulamentada pelo IV Concílio de Latrã, de 1216. Dentre os documentos mais importantes resultantes desse Concílio, destacam-se os cânones *Quoniam* e *Qualiter*: o primeiro estabeleceu a obrigatoriedade do processo escrito, e o segundo conferiu-lhe feições inquisitoriais, permitindo ao representante da Igreja dar início ao processo de ofício e apurar pessoalmente os fatos.

A abolição das ordálias, no Concílio Lateranense, levou ao estabelecimento de uma nova sistemática de provas - as provas legais -, consistente, nas palavras de Gomes Filho, em um "intrincado sistema em que cada prova tinha o seu valor previamente determinado, além do que somente a combinação delas, resultando em uma certa *quantidade* de prova, poderia autorizar a condenação criminal"²³³, independentemente da convicção do juiz. As diversas provas possíveis eram tabeladas e classificadas, e o seu valor, individualmente ou em conjunto com outras, era predeterminado. Dividiam-se as

²³¹ GIRARD, Charlotte. **Culpabilité et silence en droit comparé**. Paris: L'Hamattan, 1997, p. 30.

²³² Segundo Almeida Júnior, "a 'acusação' era a delação privada do réu ao juiz, com a exposição do crime, o pedido da pena e a inscrição do nome do acusador. Em tal caso, o juiz devia advertir o acusador de que ficava sujeito à lei de talião: se fosse falso o que dizia, ou não comprovasse a culpa do réu, sofreria ele a pena cabível para o crime que dizia ter existido. Ademais, se o acusador abandonasse o feito, caberia ao juiz continuá-lo (*Decretales*, Livro V, XXII, Cap. 1). A 'denúncia' consistia na delação do réu, feita por qualquer indivíduo, ao juiz competente, com a exposição do crime, porém sem pedido de pena. A 'inquisição' era a investigação do crime feita pelo próprio juiz, em vista da notoriedade da infração ou de qualquer insinuação clamorosa". ALMEIDA JÚNIOR., João Mendes de. *O proceso criminal brasileiro*. 3. ed. Rio da Janeiro, Typographia Baptista de Souza, 1920, v. 1, p. 82 *apud* COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: RT, 2004, p. 44.

²³³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no proceso penal**. São Paulo, RT, 1997, p. 22.

provas em plenas, como a confissão, o duplo testemunho e os documentos públicos; semiplenas, como o testemunho de uma só pessoa e os documentos particulares; e indícios, próximos e longínquos. As primeiras autorizavam a condenação a qualquer pena; as segundas, a penas físicas infamantes; e os indícios permitiam uma investigação mais profunda.

Essa lógica aritmética das provas tarifadas conferia ao processo inquisitivo uma aparente racionalidade. Porém, exaltando a confissão como a rainha das provas, esse sistema apenas contribuiu para agravar a violência do modelo processual, tendo em vista que, para alcançar a admissão de culpa, institucionalizou-se a tortura como meio de descoberta da verdade.

Em 1252, o Papa Inocêncio IV proclamou a *Lex Ad Extirpanda*, admitindo que os "hereges, sem mutilação e sem perigo de vida, pudessem ser torturados a fim de revelar os próprios erros e acusar os outros, como se faz com os ladrões e salteadores"²³⁴. A tortura cessava quando o acusado expressava a vontade de confessar; caso confessasse durante os tormentos, a validade da confissão dependia de confirmação no dia seguinte.

Impunha-se ao acusado, ademais, o juramento de *veritate dicenda*, que o obrigava não só a não mentir, mas também a não calar a verdade. Numa época em que a fé era elemento de elevada importância na vida das pessoas, a medida representava eficaz meio de coação espiritual para que o acusado se incriminasse por suas próprias palavras, vez que não apenas sofreria as consequências da mentira no processo, mas também teria que prestar contas desse pecado perante Deus.

O juramento seguido de uma admissão de culpa oferecia uma prova fácil e irrefutável, contornando o recurso às provas legais. Por outro lado, conforme aponta Haddad, o juramento perdia o sentido quando o acusado negava a acusação, pois a tortura era seu sucedâneo na atuação do interesse punitivo²³⁵. Ademais, a obrigação do juramento tinha uma sanção simples e enérgica: o *inquisitus* que se recusasse a prestar juramento após três tentativas era considerado *confessus*²³⁶.

O Direito Canônico, preocupado com a dissimulação da verdade por meio do silêncio, rejeitava-o, assim, completamente.

²³⁴ BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: RT, 2002, p.64.

²³⁵ HADDAD, *op. cit.*, p. 103.

²³⁶ GIRARD, *op. cit.*, p. 40.

Dissertando sobre o procedimento canônico, Girard ressalta a sua total incompatibilidade com qualquer recusa em responder aos questionamentos da autoridade competente:

Essas noções descritas acima demonstraram intrinsecamente sua incompatibilidade com qualquer recusa em responder. A responsabilidade de se exonerar pertencia então aos próprios acusados. Entrando a toda presunção de inocência, esse procedimento colocava a salvação do suspeito na palavra e na confissão. Com efeito, se a pessoa se mostrava incapaz de provar sua inocência, ela era imediatamente submetida a um interrogatório cujo objetivo declarado era obter dela uma confissão de heresia. Da falha da prova da fé decorria imediatamente a obrigação de se acusar a si mesmo; ou seja, de confessar. Quando essa confissão era obtida, fixava-se uma pena mais ou menos alta. (tradução livre)²³⁷.

Sob o impacto da influência exercida pela Igreja Católica, o sistema inquisitivo encontrou eco nas legislações laicas em diversas regiões da Europa Continental, exercendo papel fundamental na consolidação do poder absoluto das monarquias, pois permitia o sufocamento de quaisquer manifestações que a elas se opusessem. As justiças laicas da Itália, da Espanha, da Alemanha, da França e de Portugal, dentre outras, adotaram o processo de tipo inquisitivo, institucionalizando a tortura como meio de alcançar uma verdade pré-estabelecida pelo julgador.

Segundo Manzini, no século XIV, o processo inquisitivo já estava bem difundido na Itália, assumindo, na prática, caráter ordinário²³⁸. Na dicção do autor, o "*interrogatório do processado se fazia na presença do juiz (constitutus coram iudice) e podia ser precedido ou seguido da tortura (que se usava também com as testemunhas reticentes ou suspeitas)*"²³⁹(tradução livre). Caso os tormentos não apresentassem o resultado esperado, o insucesso era explicado por suposições supersticiosas, como feitiçarias ou intervenções demoníacas. Autorizava-se, ainda, que o juiz fizesse falsas promessas ao acusado a fim de estimulá-lo à

²³⁷ No original: "Ces notions décrites plus haut ont démontré intrinsèquement leur incompatibilité avec tout refus de répondre. La responsabilité de se disculper appartenait donc aux accusés eux-mêmes. Entrant à toute présomption d'innocence, cette procédure plaçait le salut du suspect dans la parole et l'aveu. En effet, si la personne se montrait incapable de prouver son innocence, elle était aussitôt soumise à un interrogatoire dont le but déclaré était d'obtenir d'elle un aveu d'hérésie. De l'échec de la preuve de la foi découlait immédiatement l'obligation de s'accuser soi-même; c'est à dire d'avouer. Quand cet aveu était acquis, on fixait une peine plus ou moins lourde". GIRARD, *op. cit.*, p. 34-35.

²³⁸ MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1951, tomo I, p. 51-52.

²³⁹ No original: "interrogatorio del procesado se hacía a presencia del juez (constitutus coram iudice) y podía ir precedido o seguido de la tortura (que se usaba también con los testigos reticentes o sospechosos)". *Ibid.*, p. 65.

confissão e, por outro lado, não se admitiam perguntas sugestivas, para evitar que o acusado tomasse conhecimento das imputações que lhe eram feitas.

Na Espanha, o emprego da tortura como meio para a apuração da verdade foi autorizado pela *Ley de Las Siete Partidas* (1263). Na Alemanha, a *Lex Carolina* (*Constitutio Criminalis Carolina*), de 1503, também disciplinou a obtenção da confissão mediante tortura. O sistema inquisitivo atingiu extremos no Tribunal da Santa Punição (*Vehmegericht*), nos quais eram secretos o lugar e a forma do processo, o acusador, os juízes e até a sentença.

Na França, a *Ordonnance sur la procédure criminelle*, de 1670, disciplinou um processo eminentemente inquisitivo. O juramento era obrigatório e a tortura era autorizada caso houvesse prova considerável contra o acusado da prática de crime punido com a pena de morte. O defensor era considerado dispensável, prevalecendo a noção de que a sua presença atrapalharia a apuração da verdade. Dizia-se que "se o imputado era inocente, não precisava de defensor, e, se culpado, era indigno de defesa"²⁴⁰.

A recusa em responder era considerada desdenhosa para com a justiça e até mais grave do que o não comparecimento do intimado, porquanto a primeira não poderia ter nenhuma escusa legítima. Girard indica que a intransigência dessa legislação em relação ao silêncio era, entretanto, matizada, porquanto a recusa em responder não acarretava condenação automática, nem era considerada confissão de culpa, mas indício em desfavor do acusado, caso este não apresentasse nenhuma razão para justificá-la. Por outro lado, havia grande desestímulo ao seu silêncio, vez que não tinha acesso às peças processuais, tampouco podia se fazer representar por defensor²⁴¹. A oportunidade dada ao acusado de se pronunciar no processo era vista como um favor.

Em Portugal, país de forte tradição católica, foi notória a influência das jurisdições eclesiásticas. Em 1325, a Lei das Inquirições Devassas estabeleceu sistema no qual o juiz, após inquirir as testemunhas, entendendo estar comprovada a acusação, submetia o réu a tormentos físicos a fim de extrair a sua confissão. As inquirições devassas foram contempladas nas Ordenações Afonsinas, de 1446, e nas Ordenações Manuelinas, de 1521. Em 1603, entraram em vigor as Ordenações Filipinas, que também consagravam a tortura – denominada "tratos no corpo" – como instrumento para extrair do acusado a

²⁴⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 86.

²⁴¹ GIRARD, *op. cit.*, p. 61.

confissão, utilizada com maior frequência contra escravos ou pessoas destituídas de nobreza²⁴².

Assim, verifica-se que as legislações vigentes nos ordenamentos continentais a partir do século XIII até fins do século XVIII e início do século XIX, influenciada pelo Direito Canônico, é indicativa da exigência da contribuição do acusado para a apuração da verdade no processo penal.

O sistema inquisitivo ensejou a adoção de práticas perversas na busca pela reconstrução dos fatos, coroada pela confissão do acusado. O sadismo e a crueldade chegaram a extremos máximos, a pretexto de a confissão constituir indício de arrependimento. Na vigência de um processo penal nesses moldes não havia espaço algum para o silêncio do acusado, que impediria a consecução de seu objetivo maior - a confissão. Visto o acusado não como sujeito, mas como objeto do processo, sobre o qual recaíam as técnicas de produção probatória, não se cogitava de facultar a ele a adoção de uma atitude omissiva.

A repugnância provocada pelo emprego de práticas de extrema crueldade no âmbito da persecução criminal provocou a reação dos pensadores. A partir de meados do século XVIII, os filósofos iluministas opuseram-se energicamente às práticas adotadas no sistema inquisitivo, mormente quanto ao tratamento desumano dispensado aos acusados na busca desenfreada pela suposta certeza dos fatos proporcionada pela confissão. Os institutos do sistema penal e processual penal do *ancien régime* passaram a ser continuamente contestados, dando-se ênfase a garantias penais e processuais penais hoje consolidadas como instrumentos de proteção da dignidade da pessoa humana, que impõem limites à atividade persecutória do Estado. Propugnava-se a liberdade individual contra o arbítrio estatal e a abolição da tortura e da pena de morte. Nesse contexto, revigorou-se a antiga máxima canônica *nemo tentur prodere seipsum*.

O princípio em estudo foi brevemente enunciado por Thomas Hobbes, filósofo britânico do despotismo esclarecido, na obra "O Cidadão", publicada pela primeira vez em 1642, em Paris, conforme trazemos à colação: "Da mesma forma, ninguém está obrigado, por pacto algum, a acusar a si mesmo, ou a qualquer outro, cuja eventual condenação vá tornar-lhe a vida amarga. [...] é vão todo aquele testemunho que supõe ser contra a natureza"²⁴³. O filósofo tratou novamente do princípio em "O Leviatã", asseverando que: "se alguém for interrogado pelo soberano ou por sua autoridade, relativamente a um crime que

²⁴² ROSSETTO, Ênio Luiz. A confissão no processo penal. São Paulo: Atlas, 2001, p. 34.

²⁴³ HOBBS, Thomas. Do cidadão. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 50 apud ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. A garantia de não autoincriminação: extensão e limites. Belo Horizonte: DelRey, 2008, p. 27.

cometeu, não é obrigado (a não ser que receba garantia de perdão) a confessá-lo, porque nenhum homem [...] pode ser obrigado por um acordo a acusar-se a si próprio"²⁴⁴. Nessa mesma obra, entretanto Hobbes considerou a tortura um método válido de busca da verdade.

Cesare Beccaria, em "Dos Delitos e das Penas" (1764), teceu severa crítica ao emprego da tortura no interrogatório do réu: "É querer subverter a ordem das coisas exigir que um homem seja ao mesmo tempo acusador e acusado, que a dor se torne o cadinho da verdade, como se o critério dessa verdade residisse nos músculos ou nas fibras de um infeliz"²⁴⁵. O milanês também se opunha à exigência de juramento do acusado, considerando-o contrário à natureza humana, além de ineficaz:

Contradição entre as leis e os sentimentos naturais do homem nasce dos juramentos que se exigem do réu, para que seja um verdadeiro homem, quando tem o máximo interesse em ser falso. Como se um homem pudesse jurar sinceramente, quando contribui para sua própria destruição. [...] Por que motivo colocar o homem na terrível contradição de falhar em relação a Deus, ou de concorrer para a própria ruína?²⁴⁶

Diante das críticas crescentes às práticas adotadas na *inquisitio*, a tortura passou a ser gradativamente abolida como meio legítimo de busca da verdade. Assim se deu na Escócia, em 1702; na Prússia, em 1740 e 1754; na Rússia, em 1768; na Suécia, em 1772; na Áustria, em 1776, na França, em 1780; e na Suíça, em 1798²⁴⁷.

O princípio *nemo tenetur se detegere* se desenvolveu a partir das ideias difundidas pelo iluminismo, associado ao resguardo do acusado no interrogatório. Nesse período, entretanto, a sua aceitação não foi pacífica. O próprio Beccaria, contraditoriamente à sua oposição ao juramento como instrumento de coerção, defendia a imposição de pena àquele que insistisse em não responder às perguntas formuladas em interrogatório, considerando-a desnecessária, por outro lado, se houvesse certeza da autoria, caso em que o interrogatório e a confissão seriam inúteis²⁴⁸. Embora a violência empregada para compelir o acusado a se autoincriminar tenha sido paulatinamente suprimida sob a influência do iluminismo, admitiu-se por longo período a sanção ao silêncio do acusado²⁴⁹.

²⁴⁴ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Rideel, 2005, 129 *apud* ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 28.

²⁴⁵ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3. ed. São Paulo: RT, 2004, p.50.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 58.

²⁴⁷ HADDAD, *op. cit.*, p. 104.

²⁴⁸ BECCARIA, *op. cit.*, p. 104.

²⁴⁹ Na Rússia, a Instrução de 1767 e, na Áustria, o Código de 1803 previram a aplicação de penalidade ao acusado que silenciasse no interrogatório, considerando essa postura desrespeitosa

A valorização da dignidade humana iniciada com a difusão do pensamento iluminista, entretanto, levou à renovação do sistema processual acusatório nos países da Europa Continental. Nesse sistema, em que se verifica uma estrutura triangular da relação jurídica processual, com a separação das funções de acusar, defender e julgar, a verdade tem como principal garantia de sua consecução a controvérsia entre as partes, que, via de regra, submetem à apreciação do juiz hipóteses diversas em conformidade com seus interesses.

O desenvolvimento e a difusão do princípio *nemo tenetur se detegere* se deram nesse contexto de revigoração do sistema acusatório ao longo do século XIX, propiciando a consagração de um processo penal atento à necessidade de tutela do indivíduo em face do Estado, e não apenas à sua utilidade social. Na dicção de Haddad: "O princípio contra a autoincriminação só poderia desenvolver-se no processo acusatório, uma vez suprimida a tortura e a submissão a juramento".²⁵⁰

Com o retorno do sistema acusatório, o princípio *nemo tenetur se detegere* passou a ser gradativamente acolhido pelos países de *civil law*. Gomes Filho ressalta, a propósito, que o reconhecimento dessa garantia nos ordenamentos continentais é mais recente e, até hoje, não é pacífico, em decorrência da forte tradição inquisitória²⁵¹.

Na Alemanha, o direito ao silêncio foi verdadeiramente reconhecido somente durante o século XIX. O Código de Processo Penal de *Braunschweig* (1849) foi o primeiro a estabelecer não ser o suspeito obrigado a responder a perguntas, erradicando as prescrições que autorizavam a coação com esse fim²⁵².

Na Itália, o princípio foi previsto em alguns diplomas antes da unificação e, após, foi inserido nos dois primeiros Códigos de Processo Penal (1865 e 1913). No Código Rocco (1930), influenciado pela ideologia fascista, foi abolido completamente, voltando a ser expressamente acolhido somente com a reforma de 1969.

Na França, o juramento foi abolido em 1789, logo após a publicação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. A abrangência do princípio *nemo tenetur se detegere*, entretanto, oscilou em várias legislações, a partir do *Code d'Instruction Criminelle* de Napoleão.

à autoridade que presidia o ato. O Código de Instrução Criminal da Prússia, em 1805, também autorizava medidas coercitivas, excetuada a tortura, para levar o acusado a confessar.

²⁵⁰ HADDAD, op. cit., p. 106.

²⁵¹ GOMES FILHO, op. cit., p. 100.

²⁵² COUCEIRO, op. cit., p. 61.

3.1.2.

Inglaterra

O momento em que se deu a consagração do *privilege against self-incrimination* no Direito anglo-americano é questão controversa. Os estudiosos tradicionais veem nas disputas políticas e religiosas travadas na Inglaterra dos séculos XVI e XVII a origem do seu moderno reconhecimento. A doutrina mais recente sustenta, no entanto, que o princípio só pôde desenvolver-se, efetivamente, garantindo ao acusado uma real opção de permanecer calado, a partir de uma transformação na sistemática processual, ocorrida durante os séculos XVIII e XIX, com a generalização da atuação do defensor no processo penal.

O Direito inglês teve um desenvolvimento autônomo, não sofrendo muitas influências dos ordenamentos continentais. O sistema inquisitivo não se difundiu entre as cortes de *common law*, que mantiveram vivas as diretrizes do sistema acusatório na consagração do tribunal do júri, o que representou um contexto propício para o desenvolvimento do princípio em estudo. A máxima *nemo tenetur se detegere*, presente no *ius commune*, não foi completamente abandonada na Inglaterra, como ocorreu da Europa Continental.

Nos séculos XVI e XVII, o problema da autoincriminação compulsória do réu sequer surgiu nas cortes de *common law*, porquanto a decisão acerca da condenação cabia aos jurados, com base nos conhecimentos adquiridos em plenário²⁵³. Apenas em algumas ocasiões a matéria foi apreciada pelas cortes centrais de *common law* - a *King's Bench* e a *Common Pleas* -, no exercício da competência que detinham para controlar as práticas das cortes eclesiásticas.

Nessa época, entretanto, o *nemo tenetur se detegere* fortaleceu-se e difundiu-se como decorrência das disputas políticas e religiosas travadas, envolvendo os conflitos entre anglicanismo e protestantismo, entre o rei e o parlamento, entre a arbitrariedade e as limitações aos poderes estatais.

A crescente insatisfação de católicos e puritanos com a Igreja inglesa ensejou a determinação das autoridades eclesiásticas de suprimir os dissensos religiosos, instaurando-se um ambiente de perseguições e hostilidades.

²⁵³ GRAY, Charles. Self-incrimination in interjurisdictional law: the sixteenth and seventeenth centuries. In: HELMHOLZ, Richard. H. et al, op. cit., p. 47.

As jurisdições da Igreja, na Inglaterra, tal qual no continente, adotavam um modelo processual tipicamente inquisitivo, iniciado de ofício pelas autoridades competentes, no qual se impunha ao acusado o juramento *de veritate dicienda* e a confissão era considerada o principal objetivo. As tentativas de assegurar a conformidade religiosa passaram a ser combatidas, dentre outros meios, através da recusa em se submeter ao juramento, com a invocação da antiga máxima do *ius commune, nemo tenetur detegere turpitudinem suam*.

A *Court of High Commission*, corte eclesiástica voltada para a supressão de manifestações religiosas contrárias à Igreja estabelecida, foi alvo de grandes objeções, tendo em vista que, diferentemente das demais cortes, tinha o poder de impor punições seculares. Uma tradicional justificativa para a admissão de perguntas incriminadoras sob juramento era que o propósito do juiz não era punir, mas propiciar uma vida melhor ao acusado. Na *Court of High Commission*, tal justificativa se esvaziava. Conforme Helmholtz, “a *High Commission* estava no negócio de punir, não de melhorar. Logo, seus procedimentos estavam abertos a maiores objeções em face do *ius commune* do que os mesmos procedimentos quando usados por outras cortes espirituais”²⁵⁴(tradução livre).

A *Court of Star Chamber*, utilizada, mormente a partir do século XVI, para a perseguição política dos adversários da Monarquia, embora inserida entre as jurisdições de *common law*, adotava procedimento semelhante ao da *Court of High Commission*, de caráter inquisitivo - escrito, sigiloso e iniciado de ofício, com a imposição de juramento ao acusado, motivo pelo qual a sua atuação também era severamente criticada.

Nessas cortes, um réu que se recusasse a prestar juramento era preso por *contempt* ou sujeito a sanções ainda mais duras. Como esses réus eram tipicamente acusados e culpados de praticar uma religião não conformista, resistiam ao procedimento de ofício sob juramento, o que importou na exaltação do adágio *nemo tenetur prodere seipsum*²⁵⁵. A resistência ao juramento é ilustrada no julgamento de John Lilburne (1637-1645), que chegou a ser publicamente açoitado por se recusar a prestá-lo e a responder perguntas perante a *Court of Star Chamber*²⁵⁶.

²⁵⁴ No original: “the High Commission was in the business of punishing, not improving. Hence its procedures were open to greater objection on the basis of the *ius commune* than were the same procedures when used by other spiritual courts”. HELMHOLTZ, op. cit., p. 42.

²⁵⁵ GIRARD, op. cit, p. 42/43.

²⁵⁶ PITTMAN, R. Carter in “The Colonial and Constitutional History of the Privilege Against Self-incrimination in America”. Disponível em:
<http://www.rcarterpittman.org/essays/Bill_of_Rights/Privilege_Against_Self-Incrimination.html>.

As perseguições aos puritanos e separatistas, acentuadas entre 1629 e 1640, durante o Reinado de Carlos I, intensificaram as oposições à Igreja Anglicana. Em 1641, a *High Comission* e a *Star Chamber* foram abolidas, juntamente com o juramento *ex officio*.

Os doutrinadores tradicionais localizaram as origens do *privilege against self-incrimination*, na Inglaterra, em meados do século XVII, como saldo dos conflitos que resultaram na extinção dessas cortes. Leonard W. Levy asseverou que, nos séculos XVII e XVIII, o privilégio "prevalecia supremo" na *common law*. Pittman registra que, ao tempo da *Bill of Rights* de 1689, o privilégio se tornara tão universalmente conhecido que o inserir nesse documento seria como reafirmar a lei da gravidade²⁵⁷.

A doutrina recente, entretanto, defende que as origens do privilégio, na *common law*, não têm relação com as revoluções inglesas, negando que a extinção dos procedimentos inquisitoriais nas cortes eclesiásticas tenha afetado as jurisdições laicas. As verdadeiras origens do princípio, para essa corrente, situam-se na transformação do processo ocorrida ao final do século XVIII, porquanto, antes disso, uma série de fatores contribuiu para inviabilizar, na prática, o silêncio do acusado.

John H. Langbein esquematizou as características do processo penal inglês - o qual denominou *accused speaks* - que obstaculizaram o reconhecimento de um efetivo direito de não testemunhar contra si mesmo até o final do século XVIII²⁵⁸.

Primeiramente, não eram admitidos advogados de defesa em processos criminais em casos de *treasons* e *felonies*, infrações de elevada gravidade, mas apenas para as *misdemeanors*, infrações leves. A proibição em destaque fundamentava-se na concepção de que a corte deveria servir de advogado ao preso. Essa ideia, entretanto, significava que ao juiz cabia proteger o réu contra procedimentos ilegais e indiciamentos equivocados; não significava que deveria ajudá-lo a formular sua defesa. Ademais, o réu era visto como fonte de testemunho. Considerava-se que, caso fosse inocente, poderia falar por si mesmo melhor do que qualquer advogado; do contrário, sua fala e seus gestos ajudariam a elucidar a verdade, objetivo que seria comprometido se outro pudesse falar por ele.

O acusado não tem, efetivamente, um direito ao silêncio se a sua defesa depende de sua exclusiva atuação. Enquanto não se admitiu a intervenção do

²⁵⁷ PITTMAN, op. cit.

²⁵⁸ LANGBEIN, op. cit., pp. 82-108.

defensor, falar em juízo, respondendo a todos os termos da acusação, era a mais relevante, senão a única forma de defesa do acusado no processo penal. O seu silêncio em juízo significava ausência de defesa, de modo que a recusa em responder à acusação importava sua condenação quase certa. Nas palavras de Langbein, "*O direito de permanecer calado quando ninguém mais pode falar por você é simplesmente o direito de cortar sua própria garganta*"²⁵⁹ (tradução livre).

Havia, também, restrições às testemunhas de defesa, não se reconhecendo ao réu o direito de intimar as que não quisessem comparecer. Ademais, o acusado, via de regra, ficava preso na pendência do julgamento, o que dificultava a localização de testemunhas. Também não se lhe dava acesso ao conteúdo da acusação, impedindo-se, assim, o seu conhecimento preciso acerca das imputações que lhe eram dirigidas.

O procedimento investigatório prévio vigente nos séculos XVI, XVII e XVIII, regulamentado pelos *Marian Comittal Statutes* de 1555, também obstaculizava a existência de um efetivo direito ao silêncio, na medida em que era voltado a pressionar o acusado a se autoincriminar. Estabelecia essa legislação que um juiz deveria conduzir uma investigação prévia imediatamente após a captura do acusado, devendo transcrever tudo que ele dissesse que servisse de prova do crime e encaminhar esse documento à corte de julgamento, na qual poderia ser utilizado como prova da imputação. Qualquer recusa em responder era registrada. Havendo-se prejudicado em suas declarações no *pretrial*, o direito ao silêncio seria de pouca valia ao acusado no julgamento, vez que, caso se recusasse a testemunhar em juízo ou retirasse suas declarações anteriores, estas seriam invocadas contra si²⁶⁰.

O tribunal do júri, à época, exercia relevante função na escolha da sanção, manipulando o veredito, escolhendo uma imputação que importasse uma pena maior ou menor²⁶¹. Assim, um dos principais objetivos da defesa era conquistar a simpatia dos jurados de modo a encorajar um veredito mitigado, o que também compelia o réu a falar.

Somente com a transformação desse processo, caracterizado como *accused speaks*, durante os séculos XVIII e XIX, o acusado adquiriu, efetivamente, o direito de se recusar a responder à imputação.

A proibição de ser assistido por advogado foi suprimida, paulatinamente, a partir de 1696, quando o *Treason Act* permitiu ao acusado aconselhar-se com

²⁵⁹ No original: "the right to remain silent when no one else can speak for you is simply the right to slit your throat". LANGBEIN, op. cit., p. 87.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 92.

²⁶¹ LANGBEIN, op. cit., p. 93.

defensor e valer-se de sua assistência durante o julgamento em caso de crime de traição à Coroa, permanecendo a restrição, entretanto, no tocante aos *felonies*. O acesso à defesa técnica foi ampliado por iniciativa judicial, com o relaxamento dessa proibição remanescente, de forma mais acentuada a partir de 1730, permitindo-se ao defensor interrogar (*examine*) e contra interrogar (*cross-examine*) as testemunhas. Não lhe era permitido, entretanto, dirigir-se ao júri, situação que permaneceu até 1836, quando, por mudança legislativa, a vedação foi afastada também em relação aos *felonies*, generalizando-se a atuação da defesa técnica no processo penal.

O *Treason Act* de 1696 também permitiu que as testemunhas de defesa fossem intimadas, ouvidas e juramentadas, bem como admitiu o acesso do acusado à cópia do indiciamento cinco dias antes do julgamento, em caso de *treason*. Em relação aos *felonies*, o juramento das testemunhas de defesa foi autorizado em 1702, mas a restrição quanto ao conhecimento preciso da acusação permaneceu durante o século XVIII.

Outra relevante alteração foi promovida pelo *Sir John Jervi's Act* de 1848, que determinou que o acusado deveria ser advertido de que poderia recusar-se a responder perguntas durante o *pretrial* e de que suas respostas poderiam ser usadas como prova em juízo. Modificou-se, assim, radicalmente a sistemática dos *Marian Statutes*.

Como consequência dessas transformações, o processo penal se tornou uma oportunidade para o defensor testar a argumentação e as provas da acusação, motivo pelo qual Langbein denominou essa sistemática de "*testing the prosecution*". Segundo o autor, "somente com a ascensão do advogado de defesa o processo '*testing the prosecution*' se desenvolveu, e só então um privilégio contra a autoincriminação se tornou possível no processo criminal da *common law*"²⁶²(tradução livre). A defesa passou a se concentrar em semear a dúvida sobre a procedência imputação e, conseqüentemente, passou-se a exigir da acusação que a comprovasse. A presunção de inocência foi formulada no final do século XVIII, encorajando o silêncio do acusado e forçando a acusação a recorrer a outros elementos de prova.

²⁶² No original "only with the ascendance of defense counsel did the 'testing the prosecution' trial develop, and only then did a privilege against self-incrimination become possible in common law criminal procedure". *Ibid.*, p. 83.

Henry E. Smith, tratando do desenvolvimento do *privilege* tal como hoje concebido no direito inglês, ressalta que, no século XIX, vigoravam três regras de relevo: a *disqualification for interest*, a *confession rule* e o *witness privilege*²⁶³.

A primeira regra proibia o testemunho sob juramento, em processos cíveis e criminais, das partes e de quaisquer outras pessoas interessadas no resultado do julgamento, com o escopo de evitar o perjúrio. A *confession rule* implicava a inadmissibilidade, em juízo, de declarações emitidas sob a esperança de um benefício ou sob o medo de consequências desfavoráveis, como garantia da confiabilidade das declarações. Qualquer declaração prestada sob juramento era tida por compelida. O *witness privilege* permitia às testemunhas não responder a perguntas que pudessem vir a incriminá-las ou ferir-lhes a reputação. Caso começasse a responder, entretanto, a testemunha não poderia, valendo-se do privilégio, recusar-se a responder a perguntas subsequentes, sob pena de *contempt of court*. Essa regra não abrangia a exclusão da prova obtida em desrespeito a ela.

A lacuna entre a *confession rule* e o *witness privilege* suscitava situações tormentosas, porquanto, caso uma testemunha, após prestar juramento, proferisse declarações autoincriminatórias, estas poderiam ser utilizadas em processo criminal instaurado contra ela. A partir do caso *R. v. Garbett* (1847), passou-se a admitir que a testemunha silenciava mesmo após responder a algumas perguntas, bem como que seu testemunho seria inadmissível como prova em seu desfavor, caso fosse compelida a responder sob ameaça de *contempt of court*²⁶⁴.

Segundo Smith, o capítulo final da ascensão do *privilege*, na Inglaterra, foi a remoção da *disqualification for interest*, que ocorreu em estágios: primeiro para terceiros interessados, depois para as partes em processos cíveis e, por fim, para o acusado²⁶⁵. Antes da supressão da regra, o *privilege* refletia-se na proibição da utilização de métodos que compelissem o acusado a declarar contra si, como o juramento, a tortura ou a ameaça de punição. A abolição do *disqualification for interest* acrescentou-lhe a vedação da extração de inferências negativas do silêncio. É que a permissão para que o acusado fosse ouvido sob juramento somente se legitimaria se, concomitantemente, do silêncio não lhe pudesse advir nenhuma consequência desfavorável; do contrário, na prática, todos os acusados

²⁶³ SMITH, Henry E. The modern privilege: its nineteenth-century origins. In: HELMHOLZ *et al*, *op. cit.*, p. 146.

²⁶⁴ *Ibid*, p. 175.

²⁶⁵ *Ibid*, p. 178.

se sentiriam obrigados a depor sob juramento, que só não era considerado meio coercitivo se resultante de uma escolha.

Em 1898, o *Criminal Evidence Act*, além de abolir a *disqualification for interest*, previu, expressamente, o *privilege*:

Toda pessoa processada por um crime, e a esposa ou esposo, conforme o caso, da pessoa processada, será testemunha competente para a defesa em todos os estágios do procedimento. Na forma como segue: a) Uma pessoa processada não pode ser chamada como testemunha, nos termos desta Lei, salvo mediante o seu próprio pedido. (tradução livre)²⁶⁶.

É certo que a concepção do *nemo tenetur se detegere* esteve presente no *ius commune* e que sua importância se intensificou por influência das objeções contra os procedimentos de caráter inquisitorial adotados na *High Commission* e na *Star Chamber*, que culminaram com a sua extinção e a proibição da imposição do juramento nas cortes eclesiásticas. Um efetivo *privilege against self-incrimination*, com a garantia da real possibilidade de permanecer calado ao acusado, entretanto, apenas surgiu, na Inglaterra, com as reformas legislativas e as iniciativas judiciais que levaram ao abandono do sistema "*accused speaks*" e a adoção do "*testing the prosecution's case*". E, nessa transição, foi de suma importância a ampliação da participação do advogado de defesa no processo penal, que, falando pelo réu, viabilizou o seu silêncio, mediante a invocação da máxima já conhecida.

Recentemente, entretanto, o privilégio vem sofrendo algumas restrições no Direito Inglês. O *Criminal Justice and Public Order Act*, de 1994, ampliou consideravelmente a possibilidade de os julgadores extraírem inferências do silêncio do acusado, autorizando, inclusive, o órgão acusatório a comentá-lo perante o júri.

²⁶⁶ No original: "Every person charged with an offence, and the wife or husband, as the case may be, of the person so charged, shall be a competent witness for the defence at every stage of the proceedings, whether the person so charged is charged solely or jointly with any other person. Provided as follows (a) A person so charged shall not be called as a witness in pursuance of this Act except upon his own application".

3.1.3.

Estados Unidos da América

Os Estados Unidos foram o primeiro País a inserir o direito a não se autoincriminar em sua Constituição, através da Quinta Emenda, em 1791. Previsões do *privilege against self-incrimination* já haviam sido inseridas, também, nas Declarações de Direitos de diversos Estados, formuladas na década de 1770.

O reconhecimento expresso do princípio em apreço nos Estados Unidos, em data tão antiga, levanta alguns questionamentos acerca dos motivos que o ensejaram e de seu impacto inicial, tendo em vista que o *privilege* apenas se consolidou na Inglaterra em decorrência das transformações do processo penal ocorridas nos séculos XVIII e XIX. Moglen esclarece que, segundo os registros norte-americanos, à época da independência, o princípio não era largamente acolhido, quer na metrópole, que nas colônias²⁶⁷.

Antes de sua constitucionalização, o *privilege* era de aplicação incerta nas Américas. Em diversas colônias, não há qualquer registro de sua existência em documentos legislativos e legais. Em outras, o direito era conhecido, mas indevidamente aplicado pelas autoridades e, embora previsto em leis, era inconsistentemente observado e, algumas vezes, flagrantemente violado²⁶⁸.

Segundo Moglen, predominava nas colônias, assim como na Inglaterra, o processo de modelo "*accused speaks*", no qual, como já se viu, não há espaço para um efetivo direito ao silêncio. Vedava-se ao acusado a assistência de um advogado de defesa em caso de *felony*; era limitado o seu direito de chamar testemunhas e negado o seu acesso ao instrumento da acusação; o *pretrial* seguia o processo estabelecido no *Marian Comittal Statute* de 1555; em juízo, a acusação não tinha o ônus de provar a imputação acima de uma dúvida razoável. Todas essas circunstâncias contribuíam para compelir o acusado a falar.

Por outro lado, havia, nas colônias norte-americanas, importantes restrições ao emprego de coerção na busca da verdade. Os puritanos que chegaram às colônias fugindo da tirania do rei contribuíram para a difusão do *nemo tenetur se detegere* no território norte-americano, tendo em vista sua forte oposição ao juramento *ex officio* e à confissão forçada.

²⁶⁷ MOGLEN, Eben. The privilege in british North America: the colonial period to the Fifth Amendment. In: HELMHOLZ *et al*, *op. cit.*, p. 109.

²⁶⁸ HADDAD, *op. cit.*, p. 112.

A imposição do juramento, obrigando a pessoa a escolher entre a condenação da alma e a punição secular por crime, não era bem visto pelos povos norte-americanos. Em 1677, a Câmara da Virgínia estabeleceu que: "Uma pessoa citada como testemunha contra outrem deve responder sob juramento, mas nenhuma lei pode compelir um homem a jurar contra si mesmo em qualquer assunto em que ele é passível de punição corporal"²⁶⁹(tradução livre). Assim, embora testemunhas pudessem ser compelidas mediante penalidades espirituais e monetárias a se apresentar e a dizer a verdade, não poderiam ser obrigadas a jurar contra si mesmas. Os réus, por outro lado, eram examinados sem juramento.

Os americanos também restringiram o uso de coerção física para a obtenção de declarações. O art. 45 do Massachusetts Body Liberties de 1641 previu que:

Nenhum homem deve ser forçado mediante tortura a confessar qualquer crime contra si próprio ou qualquer outro, salvo em caso capital no qual ele seja, primeiro, condenado por clara e suficiente prova de ser culpado, após o que, se o caso for dessa natureza, se for muito aparente a existência de outros conspiradores ou confederados com ele, então ele pode ser torturado, mas não com torturas que sejam bárbaras e inumanas.)²⁷⁰ (tradução livre).

Tal disposição, embora não se equipare ao *privilege against self-incrimination*, já denotava o repúdio ao emprego de métodos coercitivos para obter a confissão do acusado.

A máxima *nemo tenetur prodere seipsum* influenciou o estabelecimento de restrições ao emprego de coação espiritual ou física na obtenção de provas no processo penal. A sistemática processual adotada, entretanto, na medida em que isolava o réu no confronto com as provas da acusação, impediam uma efetiva opção pelo silêncio.

Por volta de 1760, a polêmica constitucional que se verificou nas colônias norte-americanas, centrada na oposição a medidas opressoras adotadas pelo Império, sustentou-se no reconhecimento de práticas e instituições da tradição da *common law* que protegiam os súditos contra inovações contrárias a seus interesses, consideradas pelos americanos imodificáveis pelo Parlamento britânico. Nesse contexto, relevava-se sobremaneira a importância do júri e seus

²⁶⁹ No original: "Uma pessoa citada como testemunha contra outrem deve responder sob juramento, mas nenhuma lei pode compelir um homem a jurar contra si mesmo em qualquer assunto em que ele é passível de punição corporal". MOGLEN, *op. cit.*, p. 118.

²⁷⁰ No original: "No man shall be forced by Torture to confess any Crime against himself nor any other unless it be in some Capital case where he is first fully convicted by clear and sufficient evidence to be guilty. After which if the cause be of that nature, That is very apparent there be other conspirators, or confederates with him, Then he may be tortured, yet not with such Tortures as be Barbarous and inhumane".

consectários, que, na visão americana, permitiam à comunidade mitigar os efeitos de legislações inovadoras, contendo a tendência centralizadora da autoridade imperial. O júri representava uma fonte de autoridade alternativa aos juízes, que, apontados pela Coroa, poderiam ser hostis às liberdades americanas.

As reivindicações dos direitos assegurados na *common law* pelos colonos se intensificaram em razão da adoção, pela Coroa, de algumas medidas destinadas a combater os dissensos políticos coloniais, consideradas tiranas e inconstitucionais.

Dentre essas medidas, situa-se a tentativa de utilização do almirantado - identificado com a *Star Chamber* e a *High Commission* - para processar delitos fiscais. O almirantado passou a ser foco de hostilidades na América por não respeitar os princípios estabelecidos na *common law*, não se valendo do júri em suas atividades. Por outro lado, em 1774, o *Quebec's Act* e o *Massachusetts Administration of Justice Act* sugeriram para os americanos que o Parlamento britânico se achava no poder de estabelecer a seu bel prazer a forma de processo penal na América, a despeito das regras de *common law*. Houve, ainda, uma ameaça do Parlamento no sentido de adotar, nas colônias americanas, o *Treason Act* de Henrique VIII, que, além de gerar o medo de transporte do acusado para a Inglaterra para ser julgado em local de escolha da Coroa, significaria uma negação da aplicação do *Treason Act* de 1696, que estabeleceu uma série de direitos, como a assistência de defensor.

Assim, cresceu a inclinação americana em tratar elementos processuais da *common law* como lei fundamental em proteção contra a inovação legislativa ou supressão tirânica. Nas palavras de Moglen:

Assim, um grupo de queixas e ansiedades concernentes ao uso 'inconstitucional' e opressivo do sistema de processo criminal tornou-se uma parte na história constitucional da Revolução Americana e os remédios coloniais para as queixas e as medidas preventivas para as ansiedades encaixaram-se nas constituições estaduais e federal. Dentre eles estavam várias reformulações da tradicional máxima *Nemo tenetur*, que se relacionava, pela história e pela lógica, às preocupações coloniais²⁷¹ (Tradução livre).

²⁷¹ No original: "Thus, a group of grievances and anxieties concerning "unconstitutional" and oppressive use of the criminal procedure system became a part of the constitutional history of the American Revolution, and the colonial remedies for the grievances and preventives for the anxieties embedded themselves in the state and federal constitutions. Among them were various restatements of the traditional *Nemo tenetur maxim*, which was related, by history and logic, to the colonial concerns" MOGLEN, *op. cit.*, p. 131.

Nesse contexto, assim estabeleceu o art. 8º da Declaração de Direitos da Virgínia, de 12 de junho de 1776:

Que em todos os processos por crimes capitais ou outros, um homem tem o direito de indagar da causa e da natureza da acusação, de ser confrontado com os seus acusadores e testemunhas, de demandar provas em seu favor, e a um julgamento rápido por um júri imparcial de doze homens de sua circunvizinhança, sem o consentimento unânime dos quais ele não pode ser considerado culpado; nem ser compelido a fornecer prova contra si mesmo; que nenhum homem seja privado de sua liberdade, salvo pela lei da terra ou o julgamento de seus pares²⁷² (tradução livre).

As Declarações de Direitos da Pensilvânia (1776), de Maryland (1776), da Carolina do Norte (1776), de Vermont (1777), de Massachussets (1780) e de New Hampshire (1784) também adotaram o *nemo tenetur se detegere*. Posteriormente, a Quinta Emenda à Constituição estabeleceu, em 1791, que: "nenhuma pessoa deve ser compelida em nenhum processo criminal a ser testemunha contra si mesma"²⁷³ (tradução livre).

O *privilege* se caracterizou, na história colonial norte-americana, como um direito contra a compulsão física da tortura e a compulsão moral de jurar. Buscava-se evitar que eventuais governos tirânicos viessem a impor tais medidas, de modo afastar a função do júri de proporcionar à comunidade uma contenção do poder governamental. Tais previsões, segundo Moglen, então, eram primariamente mecanismos de proteção da organização constitucional existente, tal como vista pelos americanos, e não um programa de reforma legislativa²⁷⁴. Assim, a constitucionalização do *privilege* não teve grande impacto imediato nas formas procedimentais então adotadas, sequer sendo invocada a norma constitucional pelos advogados, de início, no combate a práticas autoincriminatórias.

O *privilege against self-incrimination*, nos Estados Unidos, desenvolveu-se por força das alterações provocadas pela intensificação da intervenção da defesa no processo penal, paralelamente ao que ocorreu na Inglaterra. A evolução do *privilege* nos séculos seguintes deu-se por força de decisões da Suprema Corte norte-americana, fundamentais para a compreensão de sua atual feição. Dentre os mais importantes julgados acerca do direito ao silêncio figuram o caso *Griffin*

²⁷² No original: "That in all capital or criminal prosecutions, a man hath a right to demand the cause and nature of his accusations, to be confronted with the accusers and witnesses, to call for evidence in his favor, and to a speedy Trial by an impartial jury of twelve men of his vicinage, without whose unanimous consent He cannot be found guilty; nor be compelled to give evidence against himself; that no men be deprived of his liberty, except by the Law of the land or the judgement of his peers".

²⁷³ No original: "no person shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself".

²⁷⁴ MOGLEN, *op. cit.*, p. 136.

vs. *California*, no qual se decidiu que os comentários feitos pela acusação e pelo juiz acerca do silêncio do acusado feriam o direito constitucional, e o caso *Miranda vs. Arizona*, no qual se garantiu ao indivíduo o direito de permanecer calado desde a investigação policial.

3.2.

O princípio da não autoincriminação como direito fundamental

A persecução penal, outrora dotada de poderes ilimitados na busca de uma suposta verdade real, que legitimava o emprego de práticas cruéis e degradantes, sofre, atualmente, uma série de restrições, em atenção a interesses de relevo que poderiam ver-se prejudicados ante uma atuação estatal desenfreada. O princípio *nemo tenetur se detegere* representa um marco na transição entre um sistema que conferia ao Estado irrestritos poderes para alcançar a punição e um sistema em que ao acusado são asseguradas uma série de garantias na defesa de seus interesses, permitindo-lhe assumir a posição de sujeito - e não mero objeto - do processo.

Ferrajoli se refere ao princípio em apreço como a primeira máxima do garantismo processual acusatório²⁷⁵. O seu acolhimento denota o compromisso de um ordenamento jurídico com a proteção da dignidade humana e da liberdade do indivíduo em face do Estado, em momento em que se vê em situação de particular vulnerabilidade.

O princípio da não autoincriminação figura como reflexo do direito de liberdade de autodeterminação, permitindo ao indivíduo a escolha da postura que adotará quando processado criminalmente pela prática de um delito. Tem por objetivo proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, resguardando-o contra violências físicas e morais empregadas para compeli-lo a colaborar com a persecução penal contra a sua vontade.

O direito de não ser obrigado a declarar contra si mesmo é atualmente consagrado em diversos ordenamentos jurídicos como direito fundamental, inclusive no plano internacional, mesmo quando não expressamente previsto, como decorrência de outros direitos e garantias fundamentais. Encarta-se dentre os direitos fundamentais de primeira dimensão, que "têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e

²⁷⁵ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 560.

ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado²⁷⁶. Trata-se de um direito de defesa, isto é, representa uma esfera de liberdade e autonomia pessoal do indivíduo na qual o Estado deve abster-se de intervir.

O Pacto de Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16/12/1966, estabelece, no art. 14, §3º, "g", que: "Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] a não ser obrigada a depor contra si mesma, nem confessar-se culpada". A Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica -, aprovada em 22/11/1969, também acolheu o princípio em estudo, em seu art. 8º, §2º, "g", nos seguintes termos: "Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada".

Mais recentemente, o Estatuto de Roma, de 17/07/1998, que criou o Tribunal Penal Internacional, visando à repressão dos crimes mais graves que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, também adotou o princípio, em três dispositivos. Com relação à fase de investigação, estabelece o Estatuto, no art. 55, 1, "a": "No decurso de um inquérito aberto nos termos do presente Estatuto: a) Nenhuma pessoa poderá ser obrigada a depor contra si mesma ou a declarar-se culpada". No art. 55, 2, "b", prevê que, devendo uma pessoa suspeita de cometer crimes de competência do Tribunal Penal Internacional ser interrogada pelas autoridades nacionais, deve ser informada, antes do interrogatório, de que goza, dentre outros, do direito "a guardar silêncio, sem que tal seja tido em consideração para efeitos de determinação de sua culpa ou inocência". Na fase de julgamento, conforme o art. 67, 1, "g", o Estatuto assegura ao acusado o direito de "não ser obrigado a depor contra si próprio, nem a declarar-se culpado, e a guardar silêncio, sem que este seja tido em conta na determinação da sua culpa ou inocência".

A Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 04/01/1950, por outro lado, não alberga disposição semelhante. Gomes Filho, salientando a tradição inquisitiva dos ordenamentos continentais como óbice ao pleno reconhecimento da garantia, assevera que "é bastante sintomático que, dentre os textos internacionais de direitos humanos, somente a Convenção Europeia não a consagre"²⁷⁷.

²⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 563-564.

²⁷⁷ GOMES FILHO, op. cit. p. 112.

Não obstante, a Corte de Estrasburgo reconheceu, em diversas oportunidades, os direitos de permanecer calado e de não se autoincriminar, com base no direito a um processo equitativo, acolhido no art. 6º, §1º do referido diploma, segundo o qual:

(...) toda pessoa tem direito a que sua causa seja apreciada equitativamente, publicamente e em um prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei [...] que decidirá [...] o mérito de toda acusação em matéria penal dirigida contra ela²⁷⁸(tradução livre).

A Constituição alemã também não prevê o direito à não autoincriminação, mas há um relativo consenso com relação à sua base constitucional. A posição dominante na doutrina sustenta que o princípio *nemo tenetur se detegere* encontra fundamento no direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 2º, I, da CF), que é o ponto de partida de todos os demais direitos de defesa do cidadão em face do Estado, bem como na proteção à dignidade da pessoa humana, que constitui o núcleo absoluto e intangível de todos os demais direitos fundamentais (art. 1º, I, da CF)²⁷⁹. A doutrina alemã também indica que o princípio é importante componente do processo justo²⁸⁰.

Também no ordenamento português, o princípio *nemo tenetur se detegere* não consta como direito fundamental explícito na Constituição da República atualmente em vigor, mas a doutrina e a jurisprudência são unânimes quanto à sua natureza constitucional. No âmbito doutrinário, invocam-se, como fundamentos do princípio, principalmente, a estrutura acusatória do processo, as garantias da defesa, a presunção de inocência e o processo equitativo, sem olvidar de sua relação com a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais a ela relacionados, como a integridade pessoal e a privacidade²⁸¹. No Acórdão nº 695/95, o Tribunal Constitucional Português inseriu o direito ao silêncio dentre as garantias de defesa, cujo objetivo maior é a proteção da pessoa do arguido como sujeito do processo.

A Constituição Espanhola, por sua vez, prevê de forma explícita, no art. 24.2, os direitos a não declarar contra si mesmo e a não se confessar culpado.

²⁷⁸ No original: “toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi [...] qui décidera [...] du bien-fondé de toute accusation em matière pénale dirigée contre elle”.

²⁷⁹ DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 19, p. 179-204, jul/set 1997, p. 186.

²⁸⁰ HADDAD, *op. cit.*, p. 52.

²⁸¹ DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. O direito à não auto inculpação (*nemo tenetur se ipsum accusare*) no processo penal e contra-ordenacional português. 1ª ed. Lisboa: Coimbra, 2009, p.15.

Nos Estados Unidos, além de o *privilege against self-incrimination* encontrar-se expressamente consagrado na Constituição, por força da Quinta Emenda, é entendido, também, como uma decorrência necessária do devido processo legal. Inicialmente, os direitos e garantias fundamentais introduzidos pelas dez primeiras Emendas foram aplicados, exclusivamente, no âmbito da justiça federal, mas esse entendimento foi modificado com base na cláusula do *due process of law* insculpida na Décima Quarta Emenda, que faz expressa referência aos Estados-membros. Em *Malloy v. Hogan* (1964), a Suprema Corte decidiu que o *privilege against self-incrimination* também está compreendido no devido processo legal, sendo, portanto, oponível aos Estados federados.

Verifica-se, assim, a universalidade do direito de não ser obrigado a confessar, bem como a sua estreita relação com diversos outros direitos e garantias fundamentais consolidados em diversos ordenamentos jurídicos, como o devido processo legal, a ampla defesa e a presunção de inocência.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a assegurar o direito ao silêncio, estabelecendo, no art. 5º, LXIII, que "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado". Trata-se, por força do disposto no art. 60, §4º, de cláusula pétrea, não podendo ser suprimido sequer por emenda constitucional.

A Constituição Federal de 1988 foi formulada em um contexto de retorno a - ou mesmo de criação de - um Estado Democrático de Direito, após longo período de ditadura militar, em que foram frequentes as violações aos direitos e garantias fundamentais consagrados no texto constitucional então vigente, bem como o emprego de práticas abusivas pelas autoridades governamentais na repressão às dissidências do regime estabelecido. Como ponto culminante do processo de redemocratização e da superação de uma perspectiva autoritarista e intolerante do poder, a Constituição atual conferiu especial tutela aos direitos e garantias fundamentais, o que já se revela por sua localização no corpo da Carta, em posição anterior à disciplina da organização do Estado e dos Poderes. O direito ao silêncio foi inserido entre os direitos e garantias fundamentais, na Lei Maior, em reação ao excesso de inquirições forçadas, com frequente emprego de tortura e tratamentos desumanos e cruéis contra os perseguidos pelo regime ditatorial.

Encarta-se o princípio da não autoincriminação dentre as provisões constitucionais voltadas para a regulamentação de um processo penal que atende não só aos interesses sociais na punição, mas também ao resguardo do acusado perante o poder punitivo estatal. Nas palavras de Haddad "a inclusão do direito de

permanecer calado no texto constitucional é clara opção por um processo penal em que os direitos fundamentais se colocam como valores preponderantes, impondo limites e freios à persecução penal".²⁸²

No confronto entre a atuação da pretensão acusatória e a proteção do indivíduo, optou a nossa Constituição, então, por salvaguardar-lhe um âmbito mínimo de autodeterminação em face do Estado, facultando-lhe a escolha entre adotar uma atitude ativa ou passiva no contexto da persecução penal. A previsão constitucional não garante a mera possibilidade processual de calar-se, mas assegura o silêncio como um direito fundamental inerente à liberdade pessoal.

O princípio exerce a relevante função de incutir nos responsáveis pela investigação criminal a ideia de que a elucidação da verdade não deve ser buscada na colaboração do acusado, em respeito ao seu direito de escolha de não contribuir para o sucesso da acusação. Exerce, também, relevante função dissuasória do emprego de métodos abusivos de investigação, afastando a possibilidade de aproveitamento da prova obtida em desrespeito a essa escolha, em afronta à norma constitucional.

Em 1992, foram incorporados ao ordenamento jurídico interno o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos, que, como visto, também acolhem expressamente o princípio em apreço²⁸³. O Congresso Nacional também aprovou, em 2002, o Estatuto de Roma, que consagra o direito ao silêncio, tanto na fase de investigação quanto na fase de julgamento.

Mesmo que o princípio *nemo tenetur se detegere* não se encontrasse expressamente positivado em nosso ordenamento jurídico, por força da Constituição Federal e da incorporação dos referidos diplomas internacionais, a sua estreita relação com as garantias do devido processo legal, da ampla defesa e da presunção de inocência permitiria concluir que ele é acolhido entre nós, como direito fundamental do indivíduo.

O princípio da não autoincriminação relaciona-se, também, intimamente com o princípio da dignidade da pessoa humana. Conforme assevera Queijo:

[...] sobretudo, dada a vinculação do princípio *nemo tenetur se detegere* à preservação da dignidade humana, que é um dos postulados norteadores do Estado brasileiro, como Estado Democrático de Direito (art; 1º, III, da Constituição Federal), possível seria extrair seu reconhecimento no direito brasileiro,

²⁸² HADDAD, op. cit., p. 54

²⁸³ O Supremo Tribunal Federal, modificando entendimento anterior, passou a considerar, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 349703, que os tratados internacionais de direitos humanos ocupam, no ordenamento jurídico brasileiro, posição hierárquica de norma suprallegal.

mesmo que não fosse expressamente previsto, como direito fundamental decorrente do regime e dos princípios adotados na Constituição.²⁸⁴

O princípio em estudo volta-se para a proteção de diversos direitos fundamentais acolhidos em nosso ordenamento jurídico, que têm como cerne a dignidade humana, como a capacidade de autodeterminação, a vida, a integridade física e mental e a intimidade. Resguarda-se o indivíduo de excessos cometidos pelo Estado, protegendo-o contra violências físicas e morais empregadas para compeli-lo a atuar na apuração de delitos.

A Suprema Corte norte-americana, no julgamento do caso *Murphy vs. Waterfront* (1964), bem sintetizou o feixe de valores que se encontram albergados no *nemo tenetur se detegere*:

Ele reflete muitos de nossos valores fundamentais e de nossas mais nobres aspirações: nossa vontade de não submeter aqueles que são suspeitos da prática de um crime ao cruel trilema de autoincriminação, perjúrio ou desrespeito à corte; nossa preferência por um sistema de justiça criminal acusatório, em lugar de um inquisitivo; nosso temor de que as declarações autoincriminadoras sejam obtidas por meio de tratamentos desumanos e abusos; nosso sentido de jogo limpo, que impõe um justo equilíbrio entre o Estado e o indivíduo, mediante a obrigação do governo de não interferir com o indivíduo até que se apresente boa causa para perturbá-lo e mediante a obrigação do governo em sua disputa com o indivíduo de arcar com toda a carga; nosso respeito pela inviolabilidade da personalidade humana e pelo direito de cada indivíduo a um espaço privado, no qual ele possa dirigir uma vida privada; nossa desconfiança em face de declarações autodepreciativas; e nosso reconhecimento de que o privilégio, ainda que algumas vezes sirva de escudo ao culpado, é frequentemente uma proteção ao inocente²⁸⁵ (tradução livre).

Embora amplamente difundido, há que se consignar que o princípio da não autoincriminação não tem sentido unívoco. O estudo de sua evolução histórica revela que já se conferiu à máxima *nemo tenetur se detegere* significados variados, desde uma regra que veda o emprego de métodos coercitivos - mormente a tortura e o juramento - para compeli-lo a confessar a sua culpa,

²⁸⁴ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 81.

²⁸⁵ No original: "It reflects many of our fundamental values and most noble aspirations: our unwillingness to subject those suspected of crime to the cruel trilemma of self-accusation, perjury or contempt; our preference for an accusatorial rather than an inquisitorial system of criminal justice; our fear that self-incriminating statements will be elicited by inhumane treatment and abuses; our sense of fair play which dictates a fair state-individual balance by requiring the government to leave the individual alone until good cause is shown for disturbing him and by requiring the government in its contest with the individual to shoulder the entire load; our respect for the inviolability of the human personality and of the right of each individual to a private enclave where he may lead a private life; our distrust of self-deprecatory statements; and our realization that the privilege, while sometimes a shelter to the guilty, is often a protection to the innocent".

até uma aceção mais ampla, que lhe garante o direito de não se submeter a interrogatório, sem que qualquer consequência adversa possa derivar dessa atitude. Hodiernamente, tais concepções ainda se mesclam na disciplina do princípio em diversos ordenamentos jurídicos. Exemplificando, recente alteração legislativa promovida em nosso Código de Processo Penal vedou a valoração do silêncio em prejuízo do réu, enquanto na Inglaterra, berço do *privilege against self-incrimination*, voltou-se a permitir, a partir de 1994, a extração de inferências negativas do silêncio.

O desenvolvimento dos meios probatórios, ademais, vem suscitando interpretações ampliativas do princípio da não autoincriminação, que o estendem para além das manifestações orais, de modo a abranger, então, quaisquer provas que dependam da colaboração do acusado. Embora a Constituição refira-se apenas ao "direito de permanecer calado", é bastante difundido, na doutrina e na jurisprudência pátrias, o entendimento de que esse princípio autoriza o investigado ou réu a se recusar a contribuir de qualquer forma para a sua própria incriminação.

Há de ressaltar-se que o reconhecimento de direitos fundamentais se dá em um processo dinâmico e dialético, marcado por avanços, recuos e contradições. Os direitos consagrados em épocas passadas, em face dos valores predominantes no presente, assumem uma importância revigorada, principalmente em face de novas formas de agressão.

4

Do direito ao silêncio

De muito tempo atrás vem a noção de que a investigação criminal se resolve melhor através da confissão. O acusado, se culpado, tem uma representação precisa da forma como se passaram os fatos em apuração, motivo pelo qual, ao longo da evolução do processo penal, como vimos, verificou-se a utilização de variados métodos tendentes a arrancar-lhe o seu conhecimento, muitas vezes mediante a imposição de tratamentos que o reduziam à mera condição de objeto do processo. A tortura, o juramento de dizer a verdade e, mais recentemente, a inferência de elementos prejudiciais do silêncio foram medidas empregadas pelas autoridades encarregadas da persecução penal, para estimular, em maior ou menor medida, a colaboração do acusado nessa atividade.

O reconhecimento do princípio da não autoincriminação levou, paulatinamente, ao afastamento desses meios e à consequente garantia de plena liberdade de autodeterminação do acusado no processo penal. No tocante às manifestações orais, o *nemo tenetur se detegere* alberga, atualmente, um efetivo direito de permanecer em silêncio, conferindo ao acusado a faculdade de não responder a quaisquer perguntas formuladas pela autoridade, sem que quaisquer consequências prejudiciais possam resultar dessa postura.

Quer por razões históricas, quer pelo acolhimento legal de que goza em diversos ordenamentos, pode-se afirmar que o direito ao silêncio constitui o núcleo do princípio *nemo tenetur se detegere*.

Nessa vertente, como vimos, o princípio se desenvolveu, primeiramente, na Inglaterra e nos Estados Unidos, graças às condições favoráveis propiciadas pela adoção de um modelo processual acusatório, mormente após a generalização da intervenção do advogado de defesa nos processos penais. Apesar de sua reputação como a pedra de toque do sistema da *common law*, desde o início de seu efetivo reconhecimento, a faculdade do réu de permanecer calado vem suscitando críticas no seio doutrinário. A esse respeito, Helmholtz assinala que Jeremy Bentham, em 1827, já concluía ser o *privilege against self-incrimination* irracional, incapaz de resistir ao mais superficial escrutínio. Ponderando os argumentos levantados a favor do *privilege*, asseverou o filósofo britânico que considerar excessivamente severo requerer de alguém que responda a perguntas que possam resultar em sua condenação não passa de uma

"old woman's reason", produto de sentimentalismo frívolo, e que a alegação de que demandar a resposta a tais perguntas daria uma vantagem injusta ao órgão acusatório é uma "fox hunter's reason", que vê no processo penal uma competição. Por outro lado, o *privilege* não se faria necessário para proscrever a tortura como meio de obtenção da confissão, porquanto o seu emprego já havia sido abolido, na Inglaterra, muito antes²⁸⁶.

O *privilege* continuou a ser ponto de inúmeras controvérsias no direito anglo-americano. Não raro, argumenta-se que ele não se compatibiliza com a moral ordinária, porquanto, nas mais diversas situações que se apresentam no convívio social, espera-se que o suspeito da prática de uma transgressão preste esclarecimentos, tal como se verifica comumente no relacionamento entre pais e filhos ou entre empregador e empregado. Assim, não são poucos os que defendem a sua extinção completa ou, ao menos, a sua restrição à vedação do emprego de métodos coercitivos para pressionar o acusado a prestar declarações. Tais tendências, inclusive, levaram a uma relevante mudança no Direito Inglês, operada pelo *Criminal Evidence and Public Order Act*, de 1994, que alargou sobremaneira a admissibilidade da extração de inferências negativas do silêncio do acusado.

Por outro lado, nos ordenamentos continentais, em que o reconhecimento do princípio se deu mais recentemente e ainda enfrenta restrições, a tendência é oposta. Entre nós, o direito ao silêncio é amplamente aceito e louvado pela doutrina e pela jurisprudência. Contra ele não se insurgem os estudiosos, tampouco sua "razão de ser" suscita muitos questionamentos. Compreende-se tal situação, em um contexto de acentuada valorização dos direitos e garantias fundamentais do homem, como contraposição ao longo período de contínuos abusos praticados por governos autoritários. Com efeito, a Constituição de 1988 representou um marco histórico no resguardo do cidadão em face do Estado. Não se cogita de renunciar a quaisquer das medidas protetivas por ela consagradas.

O direito ao silêncio merece, com efeito, as glórias que lhe são dedicadas enquanto marco da valorização da dignidade humana no âmbito da persecução penal. É imperioso o seu reconhecimento, ainda na atualidade, em respeito à posição de sujeito processual do acusado, pois contribui para evitar o retorno a práticas inquisitoriais. É de se ressaltar que, no Brasil, onde o Estado Democrático de Direito ainda está em fase de implementação, direitos como esse ainda exercem uma função pedagógica suplementar de grande importância.

²⁸⁶ HELMHOLZ, *op. cit.*, p. 3.

Ademais, o direito ao silêncio está em perfeita consonância com o sistema de direitos e garantias fundamentais consagrados pela Lei Maior. No plano do direito material, insere-se na tutela da dignidade da pessoa humana, bem como de outros direitos fundamentais que a refletem, como a integridade física e psíquica, a intimidade e a liberdade de autodeterminação. No plano do direito processual, encontra guarida entre as garantias processuais do devido processo legal, da ampla defesa e da presunção de inocência. Reflexamente, ademais, o direito ao silêncio representa uma garantia da idoneidade da prova, impedindo que a busca desenfreada pela verdade real leve a uma reconstituição dos fatos alicerçada em elementos frágeis e arbitrários.

4.1.

Âmbito de incidência

O direito ao silêncio, como forma de manifestação do princípio *nemo tenetur se detegere*, pode ser legitimamente exercido sempre que esteja presente o risco de autoincriminação em manifestações orais.

A Constituição Federal de 1988 dispõe, no art. 5º, LXIII, que o preso deve ser informado de seus direitos, dentre os quais o de permanecer calado. Uma exegese estritamente literal do dispositivo pode levar a crer que apenas o preso tem esse direito protegido a nível constitucional, entendimento que, entretanto, não encontra respaldo em nosso ordenamento.

A norma constitucional se refere ao preso em atenção ao seu estado de particular vulnerabilidade. Disso não se pode deduzir que o suspeito ou acusado em liberdade restou excluído da tutela. Conforme Grinover, Fernandes e Gomes Filho, "aludindo ao silêncio e à assistência do advogado para o preso, a Lei Maior denota simplesmente sua preocupação inicial com a pessoa capturada [...] Mas isto não pode, nem quer dizer que ao indiciado ou acusado que não esteja preso não seja estendida a mesma proteção"²⁸⁷.

Cabe, *in casu*, uma interpretação extensiva da norma constitucional, a fim de assegurar a sua máxima efetividade, sobretudo porque se trata de norma que consagra direito individual. Conforme leciona Haddad:

²⁸⁷ FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**. 9. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 82.

A aplicação da norma constitucional ao processo, se vedada, acarretaria a incongruente situação de se conceder direitos e prerrogativas àquele de quem se suspeita da autoria da infração penal e retirá-los, em seguida, quando houvesse acusação formalizada na denúncia ou na queixa. Se assim o fosse, não apenas o direito ao silêncio, mas também a assistência da família e de advogado se restringiriam à fase extrajudicial, o que se afigura ilógico. [...] Da interpretação extensiva, aliada à interpretação lógica, conclui-se que direitos e garantias concedidos no primeiro momento da persecução penal, antes de serem retirados com o término da fase extrajudicial, são mantidos em juízo²⁸⁸.

O direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo ou a declarar-se culpado é assegurado, no Pacto de Direitos Civis e Políticos, a "toda pessoa acusada de um delito" e, na Convenção Americana de Direitos Humanos, a "toda pessoa", durante o processo. Tendo em vista que ambos os diplomas internacionais foram incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, não pode subsistir qualquer dúvida de que o *nemo tenetur se detegere* não se restringe ao preso. Ademais, embora explicitado em termos restritos no inciso LXIII do art. 5º da Lei Maior, o direito ao silêncio, como já visto, encontra fundamento em um feixe de outros direitos e garantias fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, o devido processo legal, a ampla defesa e a presunção de inocência. Nesse diapasão, assevera Gomes Filho que "a garantia abrange toda e qualquer pessoa, pois diante da presunção de inocência, que também constitui garantia fundamental do cidadão [...], a prova da culpabilidade incumbe exclusivamente à acusação"²⁸⁹.

O art. 186, do Código de Processo Penal, aliás, sem qualquer referência à prisão do interrogado, disciplina o direito ao silêncio no âmbito do interrogatório judicial, aplicando-se, também, ao interrogatório policial, por força do inciso V, do art. 6º.

Assim, o direito ao silêncio pode ser legitimamente exercido por qualquer suspeito, durante as investigações realizadas no âmbito do inquérito policial, bem como pelo réu, no curso da ação penal, independentemente de estar ou não recolhido a estabelecimento prisional.

Ademais, não se restringe o direito ao silêncio à oitiva do suspeito ou réu, no âmbito da persecução penal. Pode ser exercido por qualquer pessoa que, devendo ser ouvida por autoridade estatal, corra o risco de, em decorrência de suas declarações, ver instaurada contra si ação penal, sob pena de esvaziamento

²⁸⁸ HADDAD, *op. cit.*, p. 130.

²⁸⁹ GOMES FILHO, *op. cit.*, p. 113.

da proteção constitucional à liberdade de declaração. É fácil ver que seria significativamente prejudicada a defesa do réu no processo penal se, ao oferecer a sua versão dos fatos, já tivesse comprometida a sua credibilidade em decorrência de declarações prestadas em momento anterior, no qual não pudesse valer-se da faculdade de permanecer calado. Ademais, no inquérito policial, seria fácil contornar o direito se restrito ao suspeito, bastando que a autoridade o inquirisse como testemunha.

O direito ao silêncio tem lugar, então, sempre que o indivíduo possa se autoincriminar em processo administrativo ou judicial, quer na seara cível, quer na seara criminal, ao ser questionado por autoridade pública de qualquer dos três Poderes. Confere-se, assim, uma proteção em face da possibilidade de sofrer perseguição penal, presente ou futura²⁹⁰.

As testemunhas, embora obrigadas a declarar a verdade sob pena de configuração do crime de falso testemunho, definido no art. 342, do Código Penal, também gozam da prerrogativa de calar-se para evitar a autoacusação, não obstante a lacuna existente em nosso direito positivo. No tocante às testemunhas, trata-se, no entanto, de um direito limitado: enquanto os suspeitos, no inquérito policial, e os réus, no processo penal, podem-se recusar a responder à totalidade das perguntas, as testemunhas, estando, via de regra, jungidas ao dever de prestar declarações verídicas, apenas podem invocar o *nemo tenetur se detegere* em face de determinadas perguntas, cuja resposta possa acarretar a autoincriminação. O silêncio permitido às testemunhas é, portanto, somente o parcial.

A disciplina do Código de Processo Civil acolhe o princípio em apreço. A respeito do depoimento pessoal das partes, dispõe esse diploma legal que, caso a parte não compareça ou, comparecendo, se recuse a depor, presumir-se-ão confessados os fatos contra ela alegados (art. 343, §2º), podendo o juiz, na sentença, declarar se houve recusa de depor caso à parte, sem motivo justificado, deixar de responder ao que lhe for perguntado ou empregar evasivas (art. 345). Não é a parte, entretanto, obrigada a depor de fatos "criminosos ou torpes, que lhe forem imputados". Quanto à prova testemunhal, estabelece o Estatuto Processual Civil que a testemunha não é obrigada a depor de fatos "que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge e aos seus parentes consanguíneos ou afins, em linha reta ou na colateral em segundo grau" (art. 406, I), podendo requerer ao juiz que a escuse de depor. Caso o depoimento possa

²⁹⁰ HADDAD. *op. cit.*, p. 141.

ensejar a persecução penal, o que representa "grave dano" à testemunha, está ela, portanto, escusada de depor.

O Supremo Tribunal Federal, corretamente, já reconheceu reiteradas vezes a possibilidade da invocação do direito ao silêncio perante Comissões Parlamentares de Inquérito:

O privilégio contra a autoincriminação - que é plenamente invocável perante as Comissões Parlamentares de Inquérito - traduz direito público subjetivo assegurado a qualquer pessoa, que, na condição de testemunha, de indiciado ou de réu, deva prestar depoimento perante órgãos do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou do Poder Judiciário²⁹¹.

Assim, em qualquer procedimento, judicial ou extrajudicial, penal ou extrapenal, há espaço para o direito ao silêncio, desde que haja o risco de autoincriminação. Não há quaisquer restrições com base na gravidade da infração penal.

Saliente-se que não se destina o preceito em estudo a resguardar o indivíduo contra a responsabilização civil ou administrativa, de modo que quaisquer prerrogativas de que goze nesse sentido não decorrem da Constituição Federal.

Cumpra esclarecer, por outro lado, que também cabe a invocação do direito ao silêncio para evitar punição por ato infracional, podendo, portanto, o adolescente recusar-se a prestar declarações acerca de fatos definidos como crimes ou contravenções por ele cometidos. Ora, se a Lei Maior e o Estatuto da Criança e do Adolescente visam a conferir-lhe maior proteção, seria ilógico sonegar-lhe um direito de que gozam os imputáveis.

Frise-se, por fim, que o direito ao silêncio, como os demais direitos e garantias relativas ao processo penal, impõe limites à atuação do Estado na pesquisa da verdade real, constituindo uma proteção conferida ao indivíduo. Assim, na lição de Haddad: "é pressuposto de sua aplicação a existência de contato entre este e os representantes do Estado. Logo, onde não houver um procedimento oficial ou uma autoridade, não será invocável o princípio contra a autoincriminação"²⁹².

²⁹¹ STF - HC 79.812/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 16/02/2001.

²⁹² HADDAD, *op. cit.*, pp. 143-144.

4.2.

Direito ao silêncio no interrogatório

O direito ao silêncio assegura ao acusado a liberdade de determinação do próprio comportamento no processo penal, livre de pressões externas. Embora, como vimos, não se limite ao interrogatório do investigado ou réu, é a esse ato que se direciona primordialmente, assegurando-lhe o direito de se calar diante dos questionamentos que lhe forem feitos pela autoridade policial ou judicial, como evidencia a análise das origens históricas e da evolução do *nemo tenetur se detegere*. Assim, importa tecer algumas considerações sobre o interrogatório e o exercício do direito ao silêncio por seus principais titulares: aqueles que estão sofrendo ou se acham na iminência de sofrer a persecução penal.

4.2.1.

Natureza jurídica do interrogatório

A doutrina diverge acerca da natureza jurídica do interrogatório, se meio de defesa ou meio de prova.

O nosso Código de Processo Penal disciplinou esse ato no Título VII, intitulado "Da Prova", o que leva à imediata inferência de que constitui meio probatório. Assim o compreende a doutrina tradicional, com suporte na sua consideração no livre convencimento judicial, bem como na possibilidade de resultar em confissão. Atualmente, é mais difundida, entretanto, a sua qualificação como meio de defesa.

A ampla defesa apresenta-se sob dois aspectos: a autodefesa, que compreende o direito de presença e o direito de audiência, e a defesa técnica, que se traduz no direito de ser representado por profissional habilitado. O direito de audiência se consubstancia no interrogatório do acusado, no qual lhe é dada a oportunidade de apresentar a sua versão dos fatos e, assim, influenciar o convencimento do juiz. É inegável, portanto, que o interrogatório se qualifica como meio de defesa.

Embora reconhecendo que o interrogatório pode levar ao juiz conhecimentos úteis à descoberta da verdade, parte considerável da doutrina entende que é apenas meio de defesa, e não meio de prova, mormente em

decorrência da previsão constitucional do direito ao silêncio, que o situa na zona de disponibilidade do réu, de modo a facultar-lhe a livre escolha entre ser ou não questionado. Tourinho Filho, a respeito, registra que, conquanto visse o interrogatório como meio de prova e meio de defesa, após a consagração constitucional do princípio *nemo tenetur se detegere*, impõe-se reconhecê-lo como meio de defesa: "se o acusado pode calar-se, ficando o Juiz obrigado a respeitar-lhe o silêncio, erigido à categoria de direito fundamental, não se pode dizer seja o interrogatório um meio de prova"²⁹³.

Grinover, Fernandes e Gomes Filho também veem no interrogatório um meio de defesa, salientando, igualmente, que o direito ao silêncio é o selo que garante esse enfoque e que assegura a liberdade de consciência do acusado²⁹⁴, de modo que, ainda que se quisesse ver o interrogatório como meio de prova, apenas o seria em caráter eventual, em razão da faculdade conferida ao réu. Os mestres paulistas, entretanto, reconhecendo que, uma vez decidindo manifestar-se em juízo, o acusado pode fornecer elementos úteis para o esclarecimento dos fatos, também veem o ato como *fonte* de prova:

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 preordenado. Pode constituir *fonte de prova*, mas não *meio de prova*: não está ordenado *ad veritatem quaerendam*²⁹⁵.

De acordo com essa concepção, então, o interrogatório é meio de defesa e, eventualmente, pode servir como fonte de prova, caso o acusado opte por falar. Adotando o esse entendimento, também Lopes Jr. explica que "o interrogatório não serve para provar a verdade, mas para fornecer outros meios de prova que possam conduzir à verdade juridicamente válida e perseguida no processo penal"²⁹⁶. Queijo também pondera que "poderá, eventualmente, o interrogatório apresentar-se como fonte de prova. É que, quando o acusado optar por responder às perguntas formuladas, fornecendo sua versão dos fatos, poderá declinar elementos probatórios que deverão ser levados em conta pelo julgador"²⁹⁷.

²⁹³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 31. ed. São Paulo: Saraiva., 2009, v.3, p. 278.

²⁹⁴ FERNANDES; GOMES FILHO; GRINOVER, *op. cit.*, p. 81.

²⁹⁵ FERNANDES; GOMES FILHO; GRINOVER, *op. cit.*, p. 81.

²⁹⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional). 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 239.

²⁹⁷ QUEIJO, *op. cit.*, p. 86.

Já Nucci entende que o interrogatório, embora fundamentalmente meio de defesa, é também um meio de prova, realçando que os conceitos de meio e fonte de prova, em nosso Direito, estão tão entrelaçados que não merecem ser separados, de modo que a tentativa de os distinguir indica apenas uma vontade sutil de fazer prevalecer o aspecto de defesa²⁹⁸.

Grinover, Fernandes e Gomes Filho apontam que fontes de prova são os fatos percebidos pelo juiz; meios de prova, os instrumentos pelos quais os mesmos se fixam em juízo²⁹⁹. Tourinho Filho, por sua vez, conceitua fonte de prova como tudo quanto possa ministrar indicações úteis cujas comprovações sejam necessárias (e.g., a denúncia), e meio de prova, como tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à comprovação da verdade que se procura no processo (e.g., testemunhas, documentos, perícias etc.)³⁰⁰. Já Dinamarco entende por fonte de prova as pessoas ou coisas das quais se possam extrair informações aptas a comprovar a veracidade de uma alegação e, por meio de prova, as técnicas destinadas à investigação de fatos relevantes para a causa³⁰¹. Não há, então, uma uniformidade doutrinária acerca do conceito de fonte de prova, de modo que qualificar o interrogatório como fonte, mas não meio de prova nada contribui para a compreensão de sua natureza jurídica.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também não é uniforme acerca da natureza do interrogatório. No HC nº 76.206/SC³⁰², registrou a Corte que o interrogatório é meio de prova; no HC 88.548/SP³⁰³, classificou-o como meio de prova e meio de defesa e, no HC 94.601/CE³⁰⁴, tomou-o como meio de defesa.

O interrogatório é, realmente, meio de defesa - inserido no âmbito da autodefesa -, porquanto é uma oportunidade para que o réu seja ouvido, para que narre sua versão dos fatos e oponha-se à imputação, influenciando no convencimento judicial. A inexistência do dever de dizer a verdade reforça a sua concepção como um momento de exercício da autodefesa.

Por outro lado, as declarações do réu também podem fornecer elementos que auxiliam a solução do caso, a seu favor ou a favor da acusação, de modo que não se pode afastar de todo o seu caráter probatório. Enquanto o acusado se

²⁹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Interrogatório, confissão e direito ao silêncio no processo penal. **Universitária** - Revista do Curso de Mestrado em Direito das Faculdades Integradas de Toledo. v. 3, n. 1, p. 27-41, jul., 2002, p. 32.

²⁹⁹ FERNANDES; GOMES FILHO; GRINOVER, op. cit., p. 121.

³⁰⁰ TOURINHO FILHO, 2009, p. 217.

³⁰¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil** - vol. III. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 87.

³⁰² STF – HC 76.206/SC, 2ª T., Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 14/08/1998

³⁰³ STF – HC 88.548/SP, 2ª T., Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 18/03/2008.

³⁰⁴ STF – HC 94.601/CE, 2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, DJ 04/08/2009.

defende, também oferece ao juiz informações úteis à elucidação da verdade, quer pelo confronto das provas existentes, quer pelas circunstâncias e particularidades das próprias declarações que presta. Ademais, não é ato em que apenas se dá a palavra ao acusado para declarar o que deseja, sem que lhe sejam feitas quaisquer indagações; no interrogatório, o juiz - e, agora, também as partes - podem dirigir-lhe perguntas. Os questionamentos revelam o intuito de apurar a verdade dos fatos. Trata-se, portanto, de instituto de natureza ambivalente.

A disciplina do interrogatório pode acentuar ora o seu caráter defensivo, ora o seu caráter probatório. No sistema inquisitivo, configurava-se, essencialmente, como meio de prova, porquanto direcionado à obtenção da confissão, inclusive mediante o emprego de métodos coercitivos, e não a proporcionar ao interrogado uma chance de explicar os fatos, de modo que, embora pudesse negar a imputação, pouco valor se conferia a declarações desse teor. Por outro lado, em um sistema em que o interrogatório tem por finalidade não a obtenção da confissão, mas a oportunidade de manifestação do acusado sobre a imputação, garantindo-lhe a ampla defesa e a faculdade de se submeter ou não aos questionamentos, sobreleva-se a sua natureza de meio defensivo.

Em nosso ordenamento jurídico, o interrogatório configura-se, fundamentalmente, como meio de defesa, tendo em vista que não tem por objetivo a obtenção da confissão e, além de ter o direito ao silêncio, não tem o réu o dever de dizer a verdade, o que reduz sobremaneira seu valor probatório. É, ainda, secundariamente, meio de prova, na medida em que, optando o réu por falar, o teor de suas declarações insere-se na valoração judicial, contribuindo para a apuração da verdade dos fatos. Concordamos, assim, com Eugênio Pacelli de Oliveira:

Que continue a ser uma espécie de prova, não há maiores problemas, até porque as demais espécies defensivas são também consideradas provas. Mas o fundamental, em uma concepção de processo via da qual o acusado seja um sujeito de direitos, e no contexto de um modelo acusatório, tal como instaurado pelo sistema constitucional das garantias individuais, o interrogatório do acusado encontra-se inserido fundamentalmente no princípio da ampla defesa³⁰⁵.

Assim, embora o interrogatório vise a oportunizar a autodefesa, na hipótese de o réu escolher responder às perguntas, nada obsta que o magistrado avalie a veracidade ou mendacidade de suas declarações, confrontando-as com

³⁰⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 236.

as demais provas coligidas nos autos, na formação de seu livre convencimento. Ademais, no interrogatório, pode verificar-se a confissão - esta, incontestavelmente, meio de prova.

Reconhecido o interrogatório como manifestação da ampla defesa, a ausência de oportunidade para o acusado prestar declarações resulta na nulidade do processo, salvo a incidência de regra que a afaste, como a ausência de prejuízo para a parte a quem aproveitaria.

As recentes reformas do CPP contribuíram para acentuar o caráter defensivo do ato. A Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 1993, modificando a redação do art. 186, passou a vedar que o silêncio do réu seja interpretado em seu prejuízo, em consonância com a interpretação dominante do art. 5º, LXIII da CF. A Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, por sua vez, situou o interrogatório como último ato a ser realizado na audiência una de instrução e julgamento, proporcionando ao réu um melhor planejamento de sua autodefesa.

4.2.2.

Disciplina do interrogatório

O interrogatório pode ser realizado quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, no curso do inquérito policial e em júízo. Nos procedimentos de competência do Tribunal do Júri, o interrogatório é realizado perante o juiz e em plenário.

O Código de Processo Penal dispõe, no art. 6º, V, que as regras do interrogatório judicial - constantes do Capítulo III, do Título VII, do Livro I - aplicam-se, no que couber, ao interrogatório realizado pela autoridade policial.

O interrogatório judicial, na antiga disciplina do CPP, era o primeiro ato da instrução probatória, devendo o juiz, ao receber a denúncia, designar dia e hora para a sua realização, nos termos da redação original do art. 394, e só posteriormente eram ouvidas as testemunhas de acusação e de defesa. A Lei nº 11.719/08, modificando substancialmente o procedimento ordinário - aplicado subsidiariamente aos demais -, deu nova redação ao art. 400 do Estatuto, que passou a prever que a instrução probatória se daria em audiência una, na qual devem ser realizadas a oitiva do ofendido, das testemunhas e dos peritos, as acareações, o reconhecimento de pessoas e coisas e, por fim, o interrogatório do réu. Este passou a ser, então, o último ato da audiência de instrução e julgamento,

o que permite ao acusado examinar todo o conjunto probatório do processo e, assim, adotar uma estratégia de autodefesa que melhor atenda aos seus interesses. Conforme leciona Couceiro, "é necessário que o imputado conheça, previamente, os indícios ou provas produzidas contra si para poder exercer seu direito ao silêncio, pois tal circunstância é corolário da liberdade 'esclarecida' para o exercício do direito"³⁰⁶.

Com essa reforma, o interrogatório, no procedimento ordinário, assemelhou-se ao interrogatório no procedimento dos Juizados Especiais Criminais, que, na disciplina da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, é o último ato da instrução, realizado após a oitiva das testemunhas.

O art. 185, do CPP, com a redação dada pela Lei nº 10.792/03, estabelece que o interrogatório deve ser realizado na presença do defensor e assegura, inclusive, o direito de entrevista reservada entre defensor e acusado antes da realização do ato, permitindo que decidam juntos se haverá opção pelo silêncio ou, do contrário, que linha de defesa será adotada na resposta às perguntas, de modo a garantir uma efetiva liberdade de declaração. A assistência do advogado permite ao imputado exercitar ou não o seu direito ao silêncio, com plena consciência de sua situação.

Em tese, tais disposições deveriam ser aplicadas, também, ao interrogatório realizado durante o inquérito policial, por força do disposto no art. 6º, V, do CPP, de modo a assegurar maior eficácia à ampla defesa e a evitar eventuais atitudes que visem a extorquir uma confissão. Impende notar, ademais, que a CF prevê, expressamente, o direito do preso à assistência de um defensor, no inciso LXIII, do art. 5º. O STF, entretanto, já decidiu que a norma constitucional assegura apenas o direito de o preso ser assistido por advogado na fase policial, mas não obriga o Estado a manter advogados nas repartições policiais para assistir interrogatórios³⁰⁷.

O interrogatório, a teor do art. 187, do CPP, é composto de duas partes: uma sobre a pessoa do acusado e outra sobre os fatos. Na primeira, o interrogado é indagado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais. Qualificado e cientificado do inteiro teor da

³⁰⁶ COUCEIRO, op. cit., p. 199.

³⁰⁷ STF – RE 136.239/SP, 1ª T., Rel. Min. Celso de Mello, DJ 14/08/1992; HC 73.898/SP, 2ª T., Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 16/08/1996.

acusação, o acusado deve ser informado, pelo juiz, do seu direito de permanecer em silêncio. Posteriormente, inicia-se a segunda parte do interrogatório, também chamada de "verdadeiro interrogatório" ou "interrogatório de mérito", na qual o juiz questiona o acusado sobre os fatos que lhe são imputados, de acordo com as diretrizes traçadas no §2º, do art. 187.

Na atual disciplina do CPP, o interrogatório não é mais um ato estritamente privativo do juiz. O art. 188 determina que "após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante".

A Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, modificando o regramento da inquirição das testemunhas, que se processava de forma semelhante ao interrogatório, determinou que as perguntas devem ser formuladas diretamente pelas partes, podendo o juiz, ao final, completar a inquirição no tocante aos pontos não esclarecidos. A participação do magistrado na tomada dos depoimentos tornou-se, então, complementar à das partes.

O art. 473, do CPP, modificado pela Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008, por sua vez, prevê que, no plenário do Tribunal do Júri, as declarações do ofendido e das testemunhas serão tomadas, inicialmente, pelo juiz presidente e, somente depois, pelas partes. Por outro lado, nesse mesmo procedimento, a teor do art. 474, §1º, o acusado é interrogado, diretamente, pelo Ministério Público, pelo assistente, pelo querelante e pelo defensor, não havendo sequer previsão de participação do juiz presidente nesse ato.

Há, assim, quatro disciplinas diversas para a tomada de declarações, o que torna patente a falta de técnica do legislador. Faz-se necessária, segundo entendemos, uma unificação dos procedimentos de inquirição por nova alteração legislativa. Nesse sentido, Eugênio Pacelli de Oliveira sugere que assim sejam disciplinadas:

- a) Em qualquer interrogatório, as partes (Ministério Público, assistente, defesa) devem iniciar a inquirição, cabendo ao juiz complementá-la, querendo;
- b) As perguntas devem ser feitas diretamente, sem a mediação do juiz;
- c) Igual procedimento deve ser adotado em relação à inquirição de testemunhas (art. 212, CPP); as partes, diretamente, iniciam as perguntas, cabendo ao juiz a complementação que se fizer necessária. As testemunhas de defesa serão inquiridas primeiro pelo defensor, seguindo-se o Ministério Público e o assistente³⁰⁸.

³⁰⁸ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 332.

A intervenção das partes no interrogatório, com a formulação de perguntas diretamente ao acusado, a nosso ver, não o descaracteriza como meio de defesa. cremos que tal alteração apenas contribuiria para a maior efetividade dos princípios da ampla defesa e do contraditório nesse ato processual.

4.2.3.

Métodos proibidos de interrogatório

O *nemo tenetur se detegere* tem por consequência a vedação do emprego de quaisquer medidas que atuem sobre o corpo ou sobre a psique do acusado, de forma a violar a sua liberdade de autodeterminação, com o objetivo de levá-lo a confessar a prática do fato delituoso. Na dicção de Gomes Filho, tais proibições reprimem condutas tendentes a fazer o acusado falar contra a sua vontade, ou em desacordo com as próprias representações da realidade, resultando não na verdade do interrogado, mas naquela desejada pelo inquiridor³⁰⁹.

A proibição de certos métodos de interrogatório, além de tutelar a liberdade de expressão, a dignidade e a integridade física e moral do indivíduo, também visa a garantir o correto acerto dos fatos, afastando eventuais distorções da percepção da realidade provocadas por meios de prova inidôneos.

O rol de proibições decorrentes do *nemo tenetur se detegere* é encabeçado pela tortura, que, como vimos, já foi meio institucionalizado de obtenção da verdade. O referido princípio representa, em sua mais elementar formulação, o direito de não ser compelido a declarar contra si mesmo, de modo que a vedação da tortura é sua consequência imediata.

Frente à dignidade da pessoa humana, a tortura constitui medida absolutamente execrável, inadmissível sob qualquer pretexto, tal como se têm reconhecido expressamente em diversos ordenamentos jurídicos e, inclusive, no plano internacional. Em 1984, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes.

A nossa Constituição Federal, explicitando o que poderia ser extraído do princípio da dignidade da pessoa humana e dos postulados básicos do processo penal em um Estado Democrático de Direito, garante, no inciso III, do art. 5º, que "ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante"

³⁰⁹ GOMES FILHO, *op. cit.*, p. 114.

e, no inciso LXIV, prevê o direito à identificação dos responsáveis pela prisão e pelo interrogatório policial. A tortura, considerada, por força do inciso XLIII, do art. 5º, da Lei Fundamental, crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, foi tipificada na Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, que cominou ao crime a pena de reclusão, de dois a oito anos, aumentada de um sexto a um terço quando cometida por agente público. Não obstante o repúdio à tortura, a sua prática, entre nós, ainda é frequente e, muitas vezes, difícil de ser confirmada, dada a grande variedade de técnicas empregadas.

Insere-se no princípio em estudo, também, a vedação de interrogatórios que, em razão da longa duração, da pressão psicológica exercida pela sucessão de perguntas e do ambiente em que se encontra o interrogado, conduzam-no à exaustão, e, conseqüentemente, à perda da capacidade de avaliação das perguntas e ao comprometimento de sua autodeterminação. Tais expedientes, na dicção de Queijo, configuram, senão tortura, ao menos tratamento desumano³¹⁰, também, proscrito pela Lei Maior.

Na Alemanha, o §135a da *Strafprozeßordnung* veda o comprometimento da liberdade de vontade do acusado, no interrogatório, em decorrência da fadiga. A *Ley de Enjuiciamiento Criminal* espanhola, ao tratar do interrogatório, também procura afastar a afetação da liberdade de declaração pelo cansaço do interrogado, no art. 393, *in verbis*:

Quando o exame do processado se prolongue por muito tempo, ou o número de perguntas feitas seja tão considerável que haja perdido a serenidade de juízo necessária para responder ao demais que deva ser perguntado, suspender-se-á o exame, concedendo ao processado o tempo necessário para descansar e recuperar a calma. Sempre se fará constar na declaração mesma o tempo que foi investido no interrogatório³¹¹ (tradução livre).

Trata-se de disposição louvável, que merece ser reproduzida em nosso ordenamento.

Como decorrência do *nemo tenetur se detegere* e garantia da confiabilidade das declarações do réu, também se refere a doutrina à vedação da utilização de outros métodos, como a narcoanálise³¹², o soro da verdade, a

³¹⁰ QUEIJO, *op. cit.*, p. 226.

³¹¹ No original: “Cuando el examen del procesado se prolongue mucho tiempo, o el número de preguntas que se le hayan hecho sea tan considerable que hubiese perdido la serenidad de juicio necesaria para contestar a lo demás que deba preguntársele, se suspenderá el examen, concediendo al procesado el tiempo necesario para descansar y recuperar la calma. Siempre se hará constar en la declaración misma el tiempo que se haya invertido en el interrogatorio”.

³¹² A narcoanálise consiste em ministrar ao interrogando certos barbitúricos que têm a propriedade de atenuar ou suprimir o controle das barreiras do subconsciente, permitindo a exploração do

hipnose e o *lie detector*. Nas palavras de Gomes Filho, não menos repugnantes que a tortura "são os meios de caráter técnico, químico ou psiquiátrico [...], que afetam a liberdade de declaração, a intimidade e a dignidade pessoal do interrogado, caracterizando violação até mais séria do que a própria tortura"³¹³.

A narcoanálise e a hipnose violam a liberdade interna do interrogado, suplantando a sua capacidade de autocontrole, invadindo o seu inconsciente, subjugando sobremaneira a vontade interior. Além de reprováveis em face do princípio *nemo tenetur se detegere*, tais métodos são pouco confiáveis, havendo consideráveis reservas científicas a respeito da idoneidade da prova produzida mediante a sua utilização.

Quanto ao *lie detector* ou polígrafo, também apontado pela doutrina como método que viola a liberdade psíquica do interrogado, é um instrumento que mede e registra vários índices fisiológicos, como a pressão sanguínea, o pulso e a respiração. Baseia-se na ideia de que respostas mentiras produzem reações fisiológicas diferenciadas daquelas associadas a respostas verdadeiras. Também é largamente rejeitado pela comunidade científica como pseudociência. As alterações dos índices medidos podem decorrer de diversos estímulos e, ademais, há uma enorme variação de reações comportamentais a estímulos semelhantes.

O emprego desses métodos é expressamente vedado em diversos ordenamentos. O *Codice di Procedura Penale* italiano dispõe, no art. 64.2: "Tradução livre: "Não podem ser utilizados, mesmo com o consentimento da pessoa interrogada, técnicas ou métodos suscetíveis de afetar a liberdade de autodeterminação ou a alterar a capacidade de lembrar e de avaliar os fatos" (tradução livre)."³¹⁴. Na Alemanha, o §136a do *StPO* proíbe diversos métodos de interrogatório que podem levar a uma autoincriminação involuntária, dentre os quais, a hipnose, a administração de substâncias no corpo do interrogado, bem como as ações que prejudicam a sua memória ou a sua capacidade de compreensão, e tais proibições são aplicáveis independentemente do consentimento do interrogado. O CPP Português, no art. 126º, considera nulas as provas obtidas mediante coação física ou moral, como tal consideradas a administração de meios de qualquer natureza, a hipnose e a perturbação, por qualquer forma, da capacidade de memória ou de avaliação, mesmo que com o

psiquismo da pessoa. O indivíduo adormece ligeiramente, podendo ser levado a fazer confidências íntimas que, em estado normal, recusar-se-ia a fazer.

³¹³ GOMES FILHO, op. cit., p. 116.

³¹⁴ No original: "Non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interrogata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti".

consentimento da pessoa. Manuel da Costa Andrade, citado por Queijo, assevera que:

[...] para banir por completo a utilização dos métodos proibidos de prova, o legislador estabeleceu a indisponibilidade. Dessa forma, é irrelevante para a nulidade da prova obtida mediante métodos proibidos que a pessoa a eles submetida tenha consentido [...] a irrelevância do consentimento tem em vista a tutela da dignidade humana³¹⁵.

Pode-se argumentar que, caso o interrogado aceite o método, a sua utilização não ofende a liberdade de autodeterminação. O mencionado autor português, inclusive, questiona se não seria de se admitir a utilização do detector de mentiras como último recurso de que se vale o acusado para alcançar sua absolvição. Gomes Filho consigna que, entre nós, a despeito da ausência de disposição expressa, é irrelevante o consentimento do interrogado nesses casos, uma vez que os direitos individuais são irrenunciáveis³¹⁶.

Quer-nos parecer que tais métodos devem ser evitados, mesmo que o interrogado consinta na sua utilização, principalmente em atenção ao seu reduzido grau de confiabilidade. Ademais, a obtenção do consentimento, por si só, já pode acarretar certo grau de coerção, tendo em vista a situação de vulnerabilidade em que se encontra a pessoa suspeita ou acusada.

Caso, entretanto, venham a ser empregados, se a prova resultante favorecer o interrogado, deve ser utilizada em seu benefício, não se olvidando das sanções eventualmente cabíveis às autoridades responsáveis.

Como decorrência do princípio em apreço, ademais, não devem ser admitidas perguntas sugestivas, capciosas, obscuras e equívocas, que possam induzir o interrogado a erro em sua resposta. Em outra disposição digna de elogios, a *Ley de Enjuiciamiento Criminal* espanhola estabelece, no art. 389, que “as perguntas serão diretas, sem que por nenhum motivo possam fazer-se de um modo capcioso ou sugestivo”³¹⁷(tradução livre).

Na tutela da liberdade de autodeterminação com relação ao teor das declarações, são vedados meios enganosos, como a ameaça de sanções inexistentes ou a promessa de benefícios não previstos em nosso ordenamento, bem como a afirmação da existência de provas contrárias ao réu que, na verdade,

³¹⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre as proibições de prova em processo penal. Coimbra: Coimbra Ed., 1992 *apud* QUEIJO, *op. cit.*, p. 152.

³¹⁶ GOMES FILHO, *op. cit.*, p. 116/117.

³¹⁷ No original: “las preguntas serán directas, sin que por ningún concepto puedan hacerse de un modo capcioso o sugestivo”.

não existem³¹⁸. Conforme assevera Gomes Filho: "embora nessas situações nem sempre seja fácil estabelecer o limite entre a fraude e a astúcia permitida, é bem de ver que semelhantes comportamentos também ferem os direitos fundamentais e comprometem a legitimidade dos pronunciamentos judiciais"³¹⁹.

O §136a do *StPO* também proíbe, expressamente, a ameaça e o engano, como a promessa de vantagens não previstas em lei. O CPP Português, no art. 126º, também entende como ofensivas à integridade moral da pessoa a utilização de meios enganosos, a ameaça com medida legalmente inadmissível, inclusive a denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto, e a promessa de vantagem legalmente inadmissível.

Para Queijo, não deve haver nenhuma influência, pela atuação do juiz, sobre a liberdade de autodeterminação do acusado. Assim, no entendimento da autora, "não são admitidas quaisquer formas de exortação para que o acusado colabore no interrogatório, persuasões, emprego de promessas ou mesmo de ameaças"³²⁰.

Com a devida vênia, não há óbice algum, a nosso ver, a que o juiz tente persuadir o acusado a falar em sua defesa e, fazendo-o, a declarar a verdade. Nas palavras de Haddad, a única arma disposta ao juiz para usufruir do saber do acusado é a persuasão³²¹, obedecidas as mencionadas proibições. A referência a benefícios advindos da colaboração, desde que legalmente previstos, segundo entendemos, também não representa ofensa ao princípio. Ora, conquanto a persuasão possa influenciar o ânimo do interrogado, ainda pertence a ele a escolha entre responder ou não às perguntas formuladas, não se verificando qualquer restrição à sua autodeterminação, desde que, é claro, presente a boa-fé da autoridade interrogante.

Parte da doutrina sustenta até mesmo que qualquer forma de benefício concedido à pessoa para que declare, como a redução de pena, configura ofensa ao direito de calar-se.

³¹⁸ Vale lembrar um caso famoso ocorrido no Brasil, em 1954, envolvendo o homicídio do major Vaz, da Aeronáutica, conhecido como o atentado da Rua Tonelero. As investigações implicavam integrantes da guarda pessoal do Palácio do Catete, sob suspeita de que o assassino visava atingir Carlos Lacerda, em razão de suas críticas ao então Presidente Getúlio Vargas. Na gráfica "Tribuna da Imprensa", pertencente a Carlos Lacerda, foram impressos dois ou três exemplares de um jornal cuja manchete era a seguinte: "Bejo Vargas foge para Montevidéu, abandonando seus amigos na hora do perigo. O irmão do Presidente da República fugiu para...". O exemplar foi, então, colocado em local acessível ao suspeito Gregório Fortunato, chefe da guarda do Palácio do Catete, que se encontrava detido. A falsa notícia o levou à confissão.

³¹⁹ GOMES FILHO, *op. cit.*, p. 117.

³²⁰ QUEIJO, *op. cit.*, p. 223.

³²¹ HADDAD, *op. cit.*, p. 69

Nesse diapasão, Ferrajoli insurge-se veementemente contra o direito premial³²². Assim não pensamos. A concessão de uma vantagem não se equipara à extorsão de uma declaração.

A confissão obtida mediante o emprego de técnicas proibidas de interrogatório é prova ilícita, por violação ao princípio constitucional da não autoincriminação, bem como a outros direitos fundamentais do acusado, como a integridade física e moral. Não pode, então, ser admitida como prova, devendo ser desentranhada dos autos.

Caso seja oferecida denúncia com suporte em confissões assim obtidas, também é nulo esse ato, podendo ser oferecida novamente após o desentranhamento da prova ilícita, com base em outros elementos, se existentes. Caso a confissão ilegal venha a ser valorada como prova em decisão judicial, também é nula a sentença, devendo ser proferida outra em seu lugar. Em aplicação à teoria dos frutos da árvore envenenada, também as provas derivadas de eventual confissão nula não são admissíveis.

4.2.4.

Extensão do direito ao silêncio no interrogatório

Vimos que o interrogatório, na disciplina de nosso Código de Processo Penal, divide-se em duas fases bem distintas: o interrogatório de qualificação, no qual o acusado é perguntado sobre seus dados pessoais e vida pregressa, e o interrogatório de mérito, no qual é indagado acerca dos fatos que lhe são imputados. Viceja certa dúvida acerca das matérias sobre as quais o interrogado não está obrigado a se manifestar.

Tratando do primeiro interrogatório policial do detido, estabelece o art. 141º do CPP Português que o arguido deve ser perguntado sobre seus dados pessoais, inclusive se já foi preso, quando e por que, e se foi condenado e por que crimes, e "deve ser advertido de que a falta de resposta a estas perguntas ou a falsidade das mesmas o pode fazer incorrer em responsabilidade penal". O art. 342º, 2, trazia disposição semelhante em relação ao interrogatório judicial, mas foi declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional Português, no tocante à obrigatoriedade da resposta a perguntas sobre os antecedentes criminais, no acórdão nº 695/95. A Corte não entendeu da mesma forma, entretanto, com

³²² FERRAJOLI, op. cit., p. 562.

relação aos interrogatórios anteriores, de modo que continua em vigor o disposto no art. 141º³²³. O art. 359º do CP Português estabelece que o arguido responde pelo crime de falsidade de depoimento ou declaração em relação às declarações que prestar sobre a sua identidade ou antecedentes criminais.

O *Codice di Procedura Penale* italiano, ao prever a faculdade do acusado de não responder a quaisquer perguntas, no art. 64.3, "b", ressalva o disposto no art. 66.1, *verbis*: "No primeiro ato em que se apresenta o imputado, a autoridade judiciária o convida a declarar a sua qualificação e tudo que possa servir para identificá-lo, alertando-o sobre as consequências às quais se expõem aqueles que se recusam a dar a própria qualificação, ou dão-na falsa"³²⁴ (tradução livre).

Na Alemanha, conforme Dias Neto, a interpretação tradicional é de que o incriminado está obrigado a prestar informações pessoais orientadas à averiguação de sua identidade, podendo, em caso de recusa, ser punido, como qualquer outro cidadão, com pena de multa de acordo com a Lei de Contravenção à Ordem Administrativa, embora ressalte que parte da doutrina critica essa limitação ao direito ao silêncio³²⁵.

Em nosso ordenamento, a proteção contra a autoincriminação, no tocante ao direito ao silêncio, refere-se apenas às indagações formuladas sobre os fatos, nos moldes do §2º, do art. 187, do CPP, porquanto é acerca deles que o acusado desenvolve atividade defensiva. Com relação a sua qualificação pessoal, tem o interrogado o dever de responder com veracidade. Assim, o direito ao silêncio, no momento do interrogatório, é limitado quanto à sua extensão, mas não quanto à sua profundidade, ou seja, limita-se à última parte do ato, mas nesta o seu exercício é pleno³²⁶. Conforme esclarece Couceiro:

O direito ao silêncio só abrange o verdadeiro interrogatório, como exercício da autodefesa, ou seja, o denominado 'interrogatório de mérito. Incide, apenas, sobre as declarações relacionadas ao fato delituoso, e não sobre aquelas pertinentes aos antecedentes ou à identidade da pessoa que está sendo ouvida. Afinal, se o direito ao silêncio está relacionado ao direito de defesa, e se o agente só se defende de fatos, é evidente que

³²³ Conforme o ACTC n° 127/2007, entende-se, nesse caso, que, embora a obrigação de declarar sobre os antecedentes colida com o *nemo tenetur se detegere*, constitui restrição admissível ao princípio.

³²⁴ No original: "Nel primo atto cui è presente l'imputato, l'autorità giudiziaria lo invita a dichiarare le proprie generalità e quant'altro può valere a identificarlo, ammonendolo circa le conseguenze cui si espone chi si rifiuta di dare le proprie generalità o le dà false".

³²⁵ DIAS NETO, op. cit., p. 193.

³²⁶ MORAES, Maurício Zanoide de; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Direito ao silêncio no interrogatório. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 133-147, abr/jun, 1994, p. 138.

não poderia abranger as declarações relativas à sua vida pregressa e identificação.³²⁷

Grinover, Fernandes e Gomes Filho, no mesmo sentido, registram que "as perguntas sobre a qualificação do acusado não estão acobertadas pelo direito ao silêncio, porquanto em sua resposta não se caracteriza qualquer atividade defensiva"³²⁸.

Se antes podia haver alguma dúvida acerca da limitação do direito ao silêncio ao interrogatório de mérito, vez que o art. 186 estabelecia que, "antes de iniciado o interrogatório" o réu deveria ser comunicado desse direito, após a Lei nº 10.792/03, a questão nos parece resolvida pelo legislador. O CPP estabelece, com a atual redação do art. 186, que o acusado deve ser informado do direito de permanecer calado, "depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação". Ora, se apenas depois da tomada dos dados pessoais o acusado é informado do direito ao silêncio, este não se estende ao primeiro momento do interrogatório.

A recusa em fornecer dados de identificação pessoal configura a infração tipificada no *caput* do art. 68, da Lei das Contravenções Penais, que comina pena de multa à conduta de "recusar à autoridade, quando por esta justificadamente solicitados ou exigidos, dados ou indicações concernentes à própria identidade, estado, profissão, domicílio e residência".

Por outro lado, se o interrogado não silenciar, mas falsear seus dados pessoais, pode-se caracterizar ou a contravenção definida no parágrafo único do art. 68, da LCP, ou o crime de falsa identidade, previsto no art. 307, do CP, específico em relação àquela em razão da exigência de um especial fim de agir, consistente em "obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem". É fácil ver que, em se tratando de mentira acerca da identidade, na maioria dos casos, incide a norma do CP, porquanto o agente se atribui falsa identidade a fim de escapar à persecução penal. Já em caso de declarações inverídicas sobre estado, profissão, domicílio ou residência, aplica-se a norma da LCP, tendo em vista que não se encontram abrangidas na tipificação do crime de falsa identidade.

Caso o interrogado apresente como sua documentação de terceiro, ou documentação material ou ideologicamente falsa, podem, também, caracterizar-se os crimes de falsa identidade (art. 308, do CP), falsificação de documento

³²⁷ COUCEIRO, op. cit., p. 138.

³²⁸ FERNANDES; GOMES FILHO; GRINOVER, op. cit., p. 82.

público (art. 297, do CP), falsidade ideológica (art. 299, do CP) ou uso de documento falso (art. 304, do CP), conforme o caso.

A obtenção dos dados pessoais do acusado não é imprescindível para a persecução penal, tendo em vista que o art. 259 do Estatuto Processual Penal dispõe que "a impossibilidade de identificação do acusado com o seu verdadeiro nome ou outros qualificativos não retardará a ação penal, quando certa a identidade física", e o art. 41 prevê que da denúncia deve constar "a qualificação do acusado ou esclarecimento pelos quais se possa identificá-lo". A identificação física é, por sua vez, indispensável ao exercício da ação penal. No caso de ausência da qualificação, ou havendo suspeita da falsidade dos documentos apresentados, a identificação pode ser realizada conforme o regramento da Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, através de processo dactiloscópico ou fotográfico.

Observe-se, ainda, que o Código de Processo Penal admite a prisão preventiva em crimes punidos com detenção se, havendo dúvida sobre a sua identidade, o indiciado não fornecer ou indicar elementos para esclarecê-la, nos termos do art. 313, II. Justifica-se a custódia cautelar, nesse caso, porque, mantido o acusado em liberdade sem que se saiba sua identificação, resta inviabilizada a aplicação da lei penal.

Argumenta-se, em prol da extensão do direito ao silêncio às perguntas pessoais, que a qualificação também poderá levar à incriminação. Conforme esclarece Haddad:

Posto que, em regra, as declarações sobre a qualificação do acusado não envolvam atividade defensiva, é possível que, em determinada hipótese, a informação sobre um atributo pessoal gere a incriminação penal. O esclarecimento sobre o estado civil pode propiciar o agravamento da sanção, nos termos do art. 61, II, "e" do Código Penal. A divulgação da profissão é capaz de ser prejudicial ao réu denunciado pela prática do crime de usurpação de função pública (art. 328) ou de exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica (art. 282). Conjecturar as possibilidades de incriminação em decorrência da divulgação da qualificação pessoal renderia ensejo a múltiplas situações³²⁹.

Tendo em vista essa possibilidade, entende o autor que o interrogado é obrigado a fornecer seus dados pessoais, por força do art. 68, da LCP, mas não se pode exigir dele que forneça esclarecimentos autoinculpantes, de modo que a sua omissão não é punível se acobertada pelo princípio contra a autoincriminação, dependendo da análise do caso concreto aferir até que ponto o silêncio do

³²⁹ HADDAD, *op. cit.*, p. 191.

acusado sobre seus dados pessoais justifica-se pelo risco de produzir prova em próprio prejuízo³³⁰.

Conquanto seja possível vislumbrar a possibilidade em que o mero fornecimento de dados pessoais possa implicar o interrogado no crime em investigação, o direito ao silêncio refere-se apenas aos fatos. Diante do caso concreto, verificando-se que a sua omissão foi motivada pelo risco de autoincriminação, entretanto, é possível que reste afastada a configuração da contravenção penal do art. 68, *caput*, da LCP, pela excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa.

A jurisprudência pátria tem vacilado a respeito da questão. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 72.377/SP, entendeu caracterizado o crime de falsa identidade em caso em que o agente, ao ser preso, identificou-se com nome falso, a fim de esconder seus maus antecedentes. O Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em consonância com o entendimento ora esposado, também já decidiu que o direito de não se autoincriminar "se limita ao silêncio sobre os fatos imputados e até mesmo à mentira sobre os fatos delituosos e suas circunstâncias, bem como sobre a autoria, mas nunca sobre a identidade"³³¹. Também o Tribunal Regional Federal da 3ª Região já firmou que "a conduta de se identificar falsamente, por ocasião de prisão em flagrante, configura o crime previsto no art. 307 do Código Penal, não se abrindo no direito de não se autoincriminar"³³². O Superior Tribunal de Justiça, diversamente, vem entendendo que a declaração de dados pessoais falsos é exercício de autodefesa, consubstanciada no direito ao silêncio, conforme ilustra a decisão do HC 35.309/RJ. No âmbito dos Tribunais de Justiça também não há um consenso a respeito da questão.

Com a devida vênia dos entendimentos em sentido contrário, temos por incompreensível o alargamento do direito ao silêncio para abranger até a mentira acerca dos dados qualificativos do interrogado, que, além de comprometer o adequado exercício da persecução penal, pode prejudicar os interesses de terceiros inocentes.

Para Queijo, o direito ao silêncio não incide em relação aos dados de identificação, tais como nome, sobrenome, filiação, data e local de nascimento e número de carteira de identificação; mas incide no tocante a indagações referentes a antecedentes e condenações anteriores³³³. Tal entendimento,

³³⁰ *Ibid.*, pp. 191-192.

³³¹ TRF 2 - ACR 4499, 1ª T., Rel. Sérgio Feltrin, DJU 12/03/2007.

³³² TRF 3 - ACR 26571, 2ª T., Rel. Nelton dos Santos, DJU 14/03/2008.

³³³ QUEIJO, *op. cit.*, p. 202.

entretanto, coadunava-se com a divisão então vigente entre as partes do interrogatório, que situava os questionamentos sobre a vida pregressa na última.

A Lei nº 10.792/03, modificando essa disposição, situou as indagações sobre a "vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu" no interrogatório de qualificação (cf. art. 187, §1º). Assim, ao menos em tese, tais perguntas estão fora do âmbito de incidência do direito ao silêncio, de acordo com o disposto no art. 186, do CPP. A omissão ou a mendacidade do interrogado acerca de sua vida pregressa, entretanto, não configura crime ou contravenção penal, por ausência de disposição expressa nesse sentido - até porque os crimes relacionados foram tipificados quando a matéria ainda se situava no interrogatório de mérito -, não sendo possível o alargamento do tipo penal por analogia em decorrência do princípio da legalidade. Conforme Haddad, "mentir sobre antecedentes criminais não constitui infração penal. Não se preocupou a lei em criminalizar as declarações mendazes, em que se nega a existência de antecedentes criminais"³³⁴.

Cumprido consignar que o acusado poderá se recusar a responder a todas as perguntas, como também responder a algumas e calar com relação a outras, garantindo-se, assim, a sua plena liberdade de declaração, até porque não houve qualquer distinção entre as duas situações, quer na norma constitucional, quer no CPP. É essa a lição de Queijo:

A posição mais consentânea com o *nemo tenetur se detegere*, como direito fundamental que é, objetivando a tutela do acusado contra risco de auto-incriminação, é permitir ao acusado que exerça o direito ao silêncio, durante o interrogatório de mérito, livremente. Mesmo porque não se poderia exigir dele que fizesse opção pelo direito ao silêncio, ou não, antes de conhecer as perguntas que seriam formuladas, exceto se se tratasse de estratégia defensiva previamente traçada.³³⁵

O suspeito ou acusado, como já vimos, pode exercer o direito ao silêncio em qualquer fase do procedimento em que seja interrogado. Ademais, mesmo que o acusado tenha optado por se submeter aos questionamentos em um primeiro momento, é livre para optar por calar-se em outro interrogatório.

³³⁴ HADDAD, *op. cit.*, p. 193.

³³⁵ QUEIJO, *op. cit.*, p. 204.

4.2.5.

Condução coercitiva

O Código de Processo Penal dispõe, no art. 260, que, caso o acusado não atenda à intimação para interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença.

Tendo em vista a consagração do direito ao silêncio em nosso ordenamento constitucional e a conseqüente renunciabilidade do interrogatório, que, como vimos, caracteriza-se, primordialmente, como meio de defesa, a norma que determina a condução coercitiva do réu para a realização desse ato processual não tem razão de ser. Nas palavras de Tourinho Filho, "se o acusado tem o direito constitucional de permanecer calado, por óbvio que não se justifica sua condução coercitiva para que se proceda ao interrogatório" ³³⁶.

Não se vê motivo plausível para que o réu seja coercitivamente levado à presença da autoridade, temporariamente cerceado em sua liberdade, apenas para declarar que não deseja responder a quaisquer perguntas sobre os fatos que lhe são imputados.

Até se poderia sustentar, antes da entrada em vigor na Constituição Federal de 1988, que a condução coercitiva se justificava para que pudesse a autoridade valer-se do disposto na parte final do art. 186 e do art. 198, do CPP, ou seja, para adverti-lo de que o seu silêncio poderia ser utilizado como elemento de prova em seu desfavor. Tais disposições, entretanto, conforme se verá adiante, não foram recepcionadas na nova ordem constitucional e já foram modificadas pela Lei nº 10.792/03. Assim, desapareceu a justificativa para a manutenção da condução coercitiva para fins de interrogatório.

Nesse prisma, no HC 80.592/PR³³⁷, o Supremo Tribunal Federal firmou, em caso de inquérito policial instaurado contra deputado federal, que o parlamentar pode ser convidado a comparecer a interrogatório, mas, se não comparecer, deve-se interpretar sua atitude como preferindo calar-se, não sendo possível a condução coercitiva por ordem da autoridade policial.

³³⁶ STF – HC 80.592/PR, 1ª T., Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 22/06/2001.

³³⁷ HADDAD, op. cit., p. 193.

A condução coercitiva para que o réu forneça a sua qualificação, entretanto, é cabível, tendo em vista que esta não se encontra albergada pelo direito ao silêncio.

Queijo, diversamente, entende que, uma vez que a qualificação e o interrogatório de mérito são realizados em um mesmo momento, a condução coercitiva para a qualificação acarretaria "grande risco de compulsão contra o acusado para que responda às perguntas formuladas, com violação ao *nemo tenetur se detegere*", motivo pelo qual considera a medida inadmissível na disciplina em vigor³³⁸.

Não comungamos desse entendimento. Com o único fim de obter os dados de identificação, parece-nos cabível a medida coercitiva, não podendo a autoridade, por óbvio, pressionar o acusado a prestar quaisquer declarações que ultrapassem a qualificação. Por outro lado, caso já constem dos autos do inquérito policial ou processo os dados pessoais do investigado ou acusado, é inadmissível a condução forçada, salvo dúvida acerca de sua veracidade.

Considerando a facultatividade da autodefesa positiva, com a ressalva já feita a respeito da qualificação, melhor seria que nossa legislação infraconstitucional autorizasse, expressamente, o investigado a não comparecer ao interrogatório policial, bem como que estabelecesse que o interrogatório judicial somente seria realizado mediante requerimento da defesa, à semelhança do procedimento disciplinado na Lei de Imprensa (art. 45, III).

Aproximando-se dessa ideia, a Lei dos Juizados Especiais dispõe, no art. 81, que o interrogatório apenas será realizado se o acusado estiver presente. Da mesma forma, nos processos de competência do Tribunal do Júri, o interrogatório só é realizado em plenário se presente o acusado, consoante o art. 474, do CPP.

Cumprе ressaltar que a condução coercitiva não é prevista em nosso ordenamento apenas para o interrogatório do réu, mas também para o reconhecimento e para a realização de quaisquer atos que dependam de sua presença.

Ressaltamos, por fim, que a condução coercitiva para que o réu acompanhe atos processuais também não nos parece cabível, porquanto se insere no direito de presença inerente à autodefesa, que é renunciável.

³³⁸ QUEIJO, *op. cit.*, p. 239.

4.3.

Acareação

A acareação, meio de prova disciplinado no art. 229, do CPP, consiste em colocar duas ou mais pessoas, cujos depoimentos sejam conflitantes, na presença umas das outras para que expliquem as divergências. O ato pode ser realizado entre acusados, entre acusado e testemunha, entre testemunhas, entre acusado ou testemunha e ofendido e entre ofendidos se houver divergências em suas declarações, sobre fatos ou circunstâncias relevantes.

As pessoas que devem ser acareadas são colocadas uma de frente para a outra e a autoridade deve indicar-lhes o ponto de suas declarações onde se verificou a cizânia, pedindo-lhes, em seguida, que a expliquem.

Parte considerável da doutrina a considera diligência inútil, porquanto, via de regra, as pessoas acareadas não modificam o teor de suas declarações quando confrontadas. Ademais, conforme assevera Tourinho Filho:

Costuma-se dizer, também, que a autoridade que preside à acareação deve ficar observando as reações fisionômicas dos acareados, sob o argumento de que aquele que fica nervoso, impaciente, empalidece ou enrubece dá sinais de que está mentindo. Ledo engano. Muitas vezes quem se comporta assim é o homem de bem que ficou indignado e irritado com a desconfiança da autoridade. Já o outro (o verdadeiro mentiroso), pelo fato de já estar acostumado às velhacarias, às safadezas, permanece impassível, disfarçando com serenidade o seu despidorado cinismo, alheio a tudo que se passa em seu derredor, como se nada o atingisse...³³⁹

O suspeito ou acusado não é obrigado a participar da acareação em decorrência do direito ao silêncio. Trata-se de meio de prova em que a sua participação se dá por meio de manifestações orais, tal qual no interrogatório, não se vislumbrando distinção entre os atos que justifique a restrição da faculdade de permanecer calado a este. O risco de prejudicar seus próprios interesses é, aliás, bem maior na acareação que no interrogatório.

Fica, portanto, a critério do acusado decidir se deseja esclarecer algum ponto de divergência entre as suas declarações e as de outra pessoa (testemunha, ofendido ou acusado).

³³⁹ TOURINHO FILHO, 2009, pp. 363-364.

4.4.

Dever de instrução do direito ao silêncio

A liberdade de autodeterminação do indivíduo em relação a suas declarações só é efetivamente resguardada se ele for informado da faculdade de permanecer calado. A advertência visa a evitar que o acusado se autoincrimine involuntariamente, por desconhecimento acerca de seu direito ao silêncio.

No julgamento do caso *Miranda vs. Arizona*, em 1966, considerando que o indivíduo sob custódia policial encontra-se em uma situação de particular intimidação, a Suprema Corte norte-americana estabeleceu, a fim de assegurar o *privilege against self-incrimination*, que ele deve, antes de iniciado o interrogatório, ser claramente informado (1) de que tem o direito de permanecer em silêncio, e de que qualquer coisa que disser poderá ser utilizada contra si em um processo criminal; (2) de que tem o direito de se entrevistar com advogado antes do interrogatório e de tê-lo presente durante o ato, e (3) de que tem direito a um defensor público, caso não possa arcar com as despesas da contratação de um advogado. Ademais, firmou-se que, caso o interrogatório seja conduzido sem a presença do defensor, cabe ao Estado o ônus de provar que o réu, conscientemente, abriu mão de seus direitos. Essas obrigações de notificação do preso ficaram conhecidas como *Miranda Warnings*.

Em Portugal, o CPP prevê, dentre os direitos do arguido elencados no artigo 61º, 1, "não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os fatos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar", bem como "ser informado, pela autoridade judiciária ou pelo órgão de polícia criminal perante os quais seja obrigado a comparecer, dos direitos que lhe assistem". A Constituição espanhola, no art. 17.3, dispõe que "toda pessoa detida deve ser informada, de forma imediata e de modo que seja compreensível, de seus direitos e das razões de sua detenção, não podendo ser obrigada a declarar"³⁴⁰(tradução livre).

Entre nós, a Constituição de 1988 previu, expressamente, que o preso deve ser informado de seus direitos, dentre os quais o de permanecer calado, no art. 5º, LXIII.

³⁴⁰ No original: "toda persona detenida debe ser informada de forma imediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar".

A informação dos direitos que lhe são assegurados antes do interrogatório propicia ao investigado ou réu o pleno conhecimento de todas as possibilidades defensivas de que se pode valer. No Brasil, como se sabe, o grau de conhecimento da maioria dos acusados acerca de seus direitos é consideravelmente reduzido, o que releva a importância dessa comunicação. Na lição de Haddad:

A proteção contra a autoincriminação seria insuficiente se não fosse igualmente assegurado ao réu o direito de ser informado pelos órgãos de persecução penal, para que pudesse conscientemente decidir-se acerca do exercício dos seus direitos processuais. Quanto mais insciente a respeito de seus direitos, menos resistência opõe à persecução penal, pois um direito que não se conhece é um direito que não se exerce.³⁴¹

Com efeito, "é também a consciência de deter um direito que dá vida a esse direito"³⁴²(tradução livre).

A informação acerca do direito ao silêncio, antes do início das indagações, é, portanto, dever da autoridade policial ou judicial que proceder ao interrogatório, demonstrando sua lealdade na condução do ato. Tal dever independe de ter havido a comunicação em interrogatório anterior, para que não subsistam dúvidas acerca da possibilidade da adoção de uma conduta omissiva. Caso contrário, poderia ocorrer de o imputado, lembrando-se da advertência recebida em um primeiro momento, acreditar, ante a ausência de nova advertência, não deter o mesmo direito no novo ato. A renovação em cada interrogatório é, ademais, uma garantia de transparência na relação entre o interrogado e a autoridade.

Nada obsta que o defensor informe ao investigado ou réu de suas possibilidades defensivas e dos direitos que lhe são assegurados. A presença do defensor, entretanto, não desobriga a autoridade da advertência acerca da faculdade de permanecer calado.

Não se impõe nenhuma fórmula específica a ser seguida nessa comunicação. As palavras podem variar de forma a melhor adequá-la ao caso concreto, a fim de que o direito seja efetivamente conhecido por seu titular. Conforme alerta Haddad, entretanto, a idoneidade da advertência, embora correta em seu conteúdo, dependerá da forma como ela foi feita, podendo uma admoestação "ser lícita ou não, segundo a calma e a objetividade demonstrada pela autoridade interrogante"³⁴³.

³⁴¹ HADDAD, *op. cit.*, p. 275.

³⁴² No original: "c'est aussi la conscience de détenir un droit qui donne vie à ce droit". GIRARD, *op. cit.*, p. 145.

³⁴³ HADDAD, *op. cit.*, p. 279.

A comunicação acerca do direito ao silêncio deve ser formalmente documentada. Caso não conste do termo, presume-se não ter sido realizada. Ademais, conforme elucida Couceiro:

Para evitar-se o perigo de uma advertência irregular, deve a mesma ser reduzida a termo, reconhecendo-se ao mesmo a função de documentar não apenas a existência, mas também a forma como ela ocorreu; assim, poder-se-á controlar a sua concreta idoneidade para garantir o direito. Daí a exigência de uma precisa transcrição das palavras empregadas pela autoridade que a realizou³⁴⁴.

São comuns, no âmbito policial, mormente no caso de prisão em flagrante, os questionamentos informais, nos quais não há a devida comunicação do direito de permanecer calado. Por meio desse expediente, busca suprir-se eventual silêncio do acusado com a prova testemunhal dos agentes policiais, em ofensa ao princípio da não autoincriminação.

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu a ilicitude da gravação clandestina de "conversa informal" do indiciado com agentes policiais, considerando tratar-se de modalidade de "interrogatório sub-reptício", realizado sem as formalidades legais e sem a devida advertência ao indiciado de seu direito ao silêncio³⁴⁵.

Podem ocorrer, entretanto, duas situações distintas em que o preso se manifesta sem ser informado de seus direitos: o interrogatório informal e as declarações espontâneas. Cumpre, então, verificar se há alguma diferença com relação à admissibilidade de tais provas.

Parte da doutrina entende que o inciso LXIII, do art. 5º, da Lei Maior assegurou ao preso o direito ao silêncio logo que efetuada a prisão em flagrante, e não apenas no momento da lavratura do respectivo auto. Essa é a interpretação de Grinover, Fernandes e Gomes Filho, para quem, "aludindo ao direito ao silêncio e à assistência ao advogado para o preso, a Lei Maior denota simplesmente a sua preocupação inicial com a pessoa capturada: a esta, mesmo fora e antes do interrogatório, são asseguradas as mencionadas garantias"³⁴⁶. Assim, desde o momento da prisão deve haver a comunicação do direito ao silêncio, de modo que, na sua ausência, tornam-se inadmissíveis mesmo as declarações espontâneas do preso. Moura e Moraes, no mesmo sentido, assim se manifestam: "Cremos que, desde o momento da prisão, deve ser conferido e assegurado ao indivíduo o

³⁴⁴ COUCEIRO, *op. cit.*, p. 195.

³⁴⁵ STF - HC 80.949/RJ, 1ª T., Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14/12/2001.

³⁴⁶ FERNANDES; GOMES FILHO; GRINOVER, *op. cit.*, p. 182

direito ao silêncio, e nada do que vier a dizer, sem que seja alertado de seu direito constitucional, poderá ser utilizado contra si".³⁴⁷

Haddad destaca, por outro lado, que as declarações espontâneas prestadas pelo réu, antes de ser informado do direito ao silêncio, ao menos em tese, podem ser avaliadas no momento da sentença, tendo em vista que o princípio ora em estudo não abrange a autoincriminação voluntária³⁴⁸. Adverte o autor, entretanto, que, ante o protesto do réu contra a utilização dessas declarações como meio de prova, é difícil distinguir entre declarações espontaneamente prestadas e aqueles proferidas sem prévia informação do direito, em "conversas informais". Couceiro também assevera que, embora o direito ao silêncio incida sobre os interrogatórios judiciais e extrajudiciais, excluem-se as declarações espontâneas: "Assim, quando alguém, fora dos casos de interrogatório, admite espontaneamente, perante policiais ou outras autoridades, a prática de um delito, tal declaração pode ser empregada contra ele, ainda que não tenha sido advertido de seus direitos"³⁴⁹.

Melhor seria que, ao receber voz de prisão em flagrante, o preso fosse imediatamente comunicado de seu direito de permanecer calado, a fim de evitar a dubiedade dessas situações, tal como se dá nos Estados Unidos. Como, entretanto, em nosso País, o dever de informação é frequentemente desrespeitado até por delegados e juizes, não se pode esperar que tal prática se estabeleça em um futuro próximo. A nosso juízo, as declarações espontaneamente prestadas antes da lavratura do auto de prisão em flagrante não devem ser valoradas em desfavor do réu, caso tenha optado por silenciar depois de informado do direito de assim proceder.

A falta de advertência do direito ao silêncio antes do interrogatório realizado quando da lavratura do auto de prisão em flagrante ocasiona a nulidade desta, nos termos do art. 564, IV, do CPP, em razão da omissão de formalidade que constitui elemento essencial ao ato. Assim, impõe-se o relaxamento da prisão. Nada obsta, entretanto, que seja instaurado inquérito policial ou oferecida denúncia, ou mesmo decretada a prisão preventiva, se cabível.

O direito à informação deve sempre acompanhar o direito ao silêncio, ou seja, sempre que possível a invocação deste, deve haver a correspondente informação. Não há, entretanto, quaisquer previsões nesse sentido em relação a outras pessoas além do investigado, no inquérito policial, e do réu, no processo

³⁴⁷ MORAES; MOURA, op. cit., p. 143.

³⁴⁸ HADDAD, op. cit., p. 285.

³⁴⁹ COUCEIRO, op. cit., p. 194.

penal. Verifica-se, assim, uma lacuna na tutela do *nemo tenetur se detegere* no que diz respeito às testemunhas, que, não obstante obrigadas a declarar à verdade, também podem-se recusar a responder perguntas que ofereçam risco de autoincriminação³⁵⁰.

Essa lacuna dá espaço a que a autoridade colha as declarações de alguém contra quem já há indícios de autoria como se testemunha fosse, sem adverti-la do direito ao silêncio. Nesses casos, é patente o desrespeito ao princípio da não autoincriminação.

A fim de dar completa aplicação ao preceito constitucional, recomenda-se que a autoridade que proceder à oitiva da testemunha, ao adverti-la das penas do falso testemunho, informe-lhe de que tem o direito de se recusar a responder a perguntas cujas respostas possam incriminá-la. Não o fazendo, ao perceber que as declarações prestadas podem prejudicar a testemunha, deve suspender o ato e advertir-lhe de seu direito ao silêncio.

Previsto constitucionalmente o direito à informação, o seu desrespeito implica, em princípio, a nulidade do interrogatório. Na lição de Grinover, Fernandes e Gomes Filho:

[...] a ausência de sua informação (do direito ao silêncio) implica a nulidade do interrogatório, a qual, por sua vez, pode assumir duas dimensões: a mais grave, consubstanciada na nulidade de todo o processo, a partir do interrogatório, se, no caso, o ato viciado redundou num sacrifício da autodefesa e, conseqüentemente, da defesa como um todo. Ou, na dimensão mais moderada, pela invalidade do interrogatório, com sua necessária repetição, mas sem que os atos sucessivos fiquem contaminados, se se verificar que o conteúdo das declarações não prejudicou a defesa como um todo e os atos sucessivos³⁵¹.

O reconhecimento da nulidade por desrespeito ao direito de informação deve levar em consideração a análise, no caso concreto, do prejuízo ocasionado ao direito de defesa. Pela regra do art. 566, do CPP, "não será declarada a

³⁵⁰ Na Itália, o *Codice di Procedura Penale* prevê, no art. 63 que, se uma pessoa não imputada prestar declarações que revelem indícios de culpa contra si, a autoridade policial ou judicial deverá interromper o ato e adverti-la de que tais declarações poderão ensejar uma investigação, bem como que ela tem o direito de ser assistida por defensor. As declarações prestadas antes da advertência não podem ser utilizadas. Se, desde o início, a pessoa devesse ser ouvida como imputada e não o foi, suas declarações também não poderão ser utilizadas. O CPP Português dispõe que a testemunha deve prestar juramento e deve responder com verdade às perguntas que lhe forem feitas, salvo se das respostas puder resultar a sua responsabilidade penal (art. 132º, nº 2). Prevê o art. 59º que, durante qualquer inquirição a pessoa que não é arguido, se surgir fundada suspeita de crime por ela cometido, a entidade que procede ao ato deve suspendê-lo e comunicar a pessoa de que passou a ostentar a condição de arguido. A pessoa sobre quem recaem suspeitas de ter cometido um crime tem direito a ser constituída como arguido a seu pedido, quando forem efetuadas diligências destinadas a comprovar a imputação que a afetem pessoalmente. Assim, a testemunha pode remeter-se ao silêncio e, querendo, requerer sua constituição como arguido.

³⁵¹ FERNANDES; GOMES FILHO; GRINOVER, *op. cit.*, p. 83.

nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa". Assim, se o acusado, não obstante a omissão da autoridade com relação à informação, permanecer calado, ou se de suas declarações não se puder extrair qualquer inferência prejudicial à defesa, não será declarada a nulidade. Por outro lado, eventual confissão obtida sem que o acusado seja alertado de seu direito ao silêncio é prova ilícita e, portanto, inadmissível. Caso o interrogatório nulo seja essencial à validade de outro ato, a este se comunica a nulidade.

Observe-se que são, também, inadmissíveis os testemunhos de policiais que procedem ao interrogatório informal do suspeito, sem a devida comunicação de seu direito ao silêncio, como decorrência da aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada.

4.5.

Consequências do silêncio

O exercício do direito de permanecer calado não pode acarretar ao seu titular qualquer prejuízo.

O silêncio, como ressalta óbvio do quanto dito até agora, não pode implicar a imposição de sanção penal. Não configura, portanto, crime de desobediência ou desacato.

Excluem-se também do exercício dessa faculdade consequências prejudiciais ao réu no tocante aos provimentos de natureza cautelar, de modo que o silêncio ou o não comparecimento ao interrogatório não podem motivar a decretação de prisão preventiva. O Supremo Tribunal Federal assim vem entendendo, reiteradamente: "na medida em que o silêncio corresponde a garantia fundamental intrínseca do direito constitucional de defesa, a mera recusa de manifestação por parte do paciente não pode ser interpretada em seu desfavor para fins de decretação de prisão preventiva"³⁵².

O não comparecimento do suspeito ou acusado para a realização do ato, como já vimos, também não autoriza a sua condução coercitiva à presença da autoridade, devendo ser entendido, simplesmente, como uma recusa em se submeter ao interrogatório, no exercício do direito ao silêncio.

³⁵² STF – HC 91.514/BA, 2ª T., Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 16/05/2008.

O silêncio também não pode influenciar a fixação da pena-base. Couceiro, em posição isolada no meio doutrinário, defende que "o silêncio do acusado pode ser considerado tanto como causa de aumento como de diminuição genérica da pena, dependendo dos motivos que o levaram a silenciar, motivos estes que devem ser apurados no exame do caso concreto"³⁵³. Não concordamos. Tendo em vista que o silêncio é um direito, o seu exercício não pode servir de base para o agravamento da pena.

Questão das mais relevantes no tocante ao princípio *nemo tenetur se detegere* refere-se às possibilidades de o juiz extrair do silêncio inferências prejudiciais à defesa. É este um dos pontos de maior divergência na sua regulamentação nos diversos ordenamentos jurídicos que o consagram.

No caso *Griffin vs. California*, julgado em 1965, a Suprema Corte norte-americana entendeu que o comentário do órgão acusatório ou do juiz acerca da recusa do acusado em testemunhar viola o privilégio da Quinta Emenda, porquanto convida os jurados a desconsiderarem a presunção de inocência a que ele tem direito constitucional, estabelecendo um preço a pagar pelo silêncio. Salientou-se, por ocasião dessa decisão, que permitir a extração de inferências de culpa dessa postura do acusado era um resquício do procedimento inquisitorial, bem como que pessoas inocentes ou honestas podem ter diversas razões para não participarem do interrogatório em sua defesa.

Referindo-se ao silêncio do acusado, a Suprema Corte não estabeleceu qualquer distinção entre a recusa em se submeter a juramento - um dos métodos coercitivos que o *privilege*, em sua origem, buscava evitar - e qualquer outro silêncio. Como vimos, ao tratar das origens e desenvolvimento do princípio *nemo tenetur se detegere* nos sistemas de *common law*, a vedação de inferências da opção pelo silêncio se deu, inicialmente, em decorrência da admissibilidade do juramento e da conseqüente punição por perjúrio no interrogatório realizado em juízo, como forma de evitar a coação para declarar. É que, dada ao réu a escolha entre depor sob juramento e não depor, se a segunda revelasse indício de culpa, ele seria, na prática, coagido a prestar juramento e, assim, submeter-se às eventuais punições cabíveis por faltar com a verdade.

Um ano depois, no caso *Miranda vs. Arizona*, a Suprema Corte norte-americana estabeleceu as regras do interrogatório daquele que se encontra sob custódia, de modo a compatibilizá-lo com a Quinta Emenda, considerando que,

³⁵³ COUCEIRO, *op. cit.*, p. 184.

mesmo livres de juramento, tais declarações poderiam ser utilizadas em juízo, equivalendo, portanto, ao testemunho. Determinou a Corte que

Não é permitido penalizar um indivíduo por exercer o seu privilégio da Quinta Emenda quando ele está sob interrogatório sob custódia policial. A acusação não deve, então, usar no julgamento o fato de que ele ficou calado ou alegou o seu privilégio em face da acusação³⁵⁴(tradução livre).

Reconheceu-se, assim, um efetivo *right to remain silent*, que a doutrina anglo-americana define como a regra que proíbe que se extraiam inferências negativas do silêncio, distinguindo-o do *privilege against self-incrimination*, entendido como a proibição do uso de métodos coativos para obrigar o acusado a declarar. Saliente-se, no entanto, que essa decisão teve seus efeitos limitados em outras que lhe seguiram, mormente por meio de uma interpretação restritiva do que se deve entender por custódia policial.

Na Inglaterra, o *Criminal Justice and Public Order Act*, de 1994, estendeu significativamente a possibilidade de os julgadores extraírem inferências adversas da omissão do acusado em prestar esclarecimentos, quer perante a Polícia, quer em juízo.

A Seção 34 do referido diploma determina que se, ao ser questionado antes de ser acusado, ao ser acusado ou ao ser informado de que pode vir a ser acusado, o indivíduo não manifestar fato no qual mais tarde baseará a sua defesa, os juízes, cortes e jurados podem extrair dessa omissão as inferências que julgarem apropriadas, se, nas circunstâncias, fosse possível, razoavelmente, esperar dele que as mencionasse. As Seções 36 e 37 também autorizam a valoração negativa da recusa da pessoa em responder, ao ser presa, a perguntas acerca de objetos ou substâncias que estavam em seu poder, ou acerca de sua presença no local e à hora do crime. A Seção 35, referente ao silêncio durante o julgamento, determina que o júri, após a conclusão das provas da acusação, pode extrair as inferências que julgar apropriadas da recusa do réu em depor ou em responder a quaisquer perguntas após prestar juramento, sem boa justificativa. Há explícita disposição de que esta seção não implica compulsão para depor, bem como de que a omissão em o fazer não caracteriza *contempt*.

O *Criminal Justice and Public Order Act* estimula, portanto, a colaboração dos suspeitos com a investigação policial, bem como a submissão dos acusados

³⁵⁴ No original: "It is not permissible to penalize an individual for exercising his Fifth Amendment privilege when he is under police custodial interrogation. The prosecution may not, therefore, use at trial the fact that he stood mute or claimed his privilege in the face of accusation".

a exame em juízo, a fim de evitar que o seu silêncio acarrete prejuízo à defesa. A favor desse Estatuto, argumenta a doutrina inglesa que ele não aboliu o *privilege*, tendo em vista que não se admite o emprego de compulsão para que o acusado responda às perguntas formuladas, tampouco o seu silêncio configura crime. Nas palavras de Redmayne:

Essas medidas não infringem geralmente o privilégio contra a autoincriminação porque elas não colocam o suspeito sob um dever de cooperar. É certo que elas anexam um preço à não cooperação, mas não há nada errado com isso per se. O Estado é obrigado a respeitar direitos, mas não a tornar sem consequências o seu exercício pelos cidadãos; do contrário, poder-se-ia argumentar que a extração de inferências do que um suspeito diz no interrogatório policial é um comportamento despido de escrúpulos, porque anexa um preço à liberdade de declaração³⁵⁵(tradução livre).

Na doutrina inglesa, as objeções levantadas à extração de inferências do silêncio tendem a se concentrar na sua confiabilidade e no perigo de falsas confissões causadas pelo aumento das pressões para falar.

A Corte Europeia de Direitos Humanos tem reconhecido, como já vimos, o direito de todo acusado ao silêncio e a não contribuir para sua própria incriminação, como garantia integrada ao direito a um processo equitativo, a que faz referência o art. 6.1 da Convenção Europeia, além de estreitamente vinculado ao direito à defesa e à presunção de inocência. Tal direito, entretanto, não é absoluto, admitindo-se, excepcionalmente, que se extraiam consequências negativas do seu exercício. No caso *Murray vs. Reino Unido*, julgado em 08/12/1996, firmou a Corte:

De uma parte, é manifestamente incompatível com as interdições de que se trata fundamentar uma condenação exclusiva ou essencialmente no silêncio do acusado ou em sua recusa em responder às questões ou em depor. De outra parte, também é evidente para a Corte que essas interdições não podem impedir de levar em consideração o silêncio do interessado, em situações que demandem seguramente uma explicação de sua parte, para apreciar a força de persuasão das provas³⁵⁶ (tradução livre).

³⁵⁵ No original: "These measures do not generally infringe the privilege against self-incrimination because they do not place the suspect under a duty to cooperate. It is true that they attach a cost to non-cooperation, but there is nothing wrong with that per se. The state is obliged to respect rights, but not to make the citizen's exercise of rights frictionless; otherwise, one could argue that drawing inferences from what a suspect does say at police interview is unprincipled, because it attaches a cost to free speech". REDMAYNE, Mike. Rethinking the privilege against self-incrimination. *Oxford Journal of Legal Studies*, Disponível em: <<http://ojls.oxfordjournals.org/cgi/content/short/gql001v1>>

³⁵⁶ No original: "D'une part, il est manifestement incompatible avec les interdictions dont il s'agit de fonder une condamnation exclusivement ou essentiellement sur le silence ne sauraient empêcher de

Entende a Corte Europeia, como se vê, que as inferências do silêncio não são absolutamente proibidas, mas apenas podem ser admitidas quando a única explicação para o silêncio do acusado, de acordo com o senso comum, for a ausência de resposta às imputações.

Disciplinando as declarações do arguido em juízo, o CPP Português estabelece que o seu silêncio não lhe pode acarretar consequências prejudiciais, no art. 343º, 1, *in verbis*: "O presidente informa o arguido de que tem direito a prestar declarações em qualquer momento da audiência, desde que elas se refiram ao objecto do processo, sem que no entanto a tal seja obrigado e sem que o seu silêncio possa desfavorecê-lo". O Supremo Tribunal de Justiça daquele país tem dado aplicação ao dispositivo, entendendo que o silêncio não deve ser interpretado em prejuízo do acusado e, por outro lado, que não lhe traz consequências favoráveis, não se equiparando à confissão ou ao arrependimento para fins de redução de pena³⁵⁷.

A Corte Constitucional espanhola segue o entendimento adotado pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Na Sentença nº 202/2000, em que se discutiu se a condenação vulnerava o direito de não declarar, em virtude de inferência de culpabilidade derivada do silêncio da ré, fazendo expressa referência ao caso *Murray*, firmou essa Corte que a conclusão:

(...)só poderia se seguir ao exame das circunstâncias próprias do caso, em função das quais pode justificar-se que se extraiam consequências negativas do silêncio, quando, existindo provas incriminatórias objetivas a respeito, cabe esperar do imputado uma explicação"³⁵⁸.

Na visão da Corte, em circunstâncias muito particulares, ante a existência de certas provas objetivas aduzidas pela acusação, a omissão de informações no legítimo exercício do direito de guardar silêncio pode ser utilizada pelo julgador

prendre en compte le silence de l'intéressé, dans des situations qui appellent assurément une explication de sa part, pour apprécier la force de persuasion des éléments à charge".

³⁵⁷ Em acórdão datado de 20/12/2007 (Processo 06P775), assim se manifestou essa Corte: "Este Supremo Tribunal tem entendido que, se é certo que a circunstância do arguido em julgamento se haver remetido ao silêncio não pode ser valorada em seu desfavor, na medida em que exerce um direito seu (art. 343.º, n.º 1, do CPP), a opção pelo silêncio pode, todavia, ter consequências que não passam pela sua valorização indevida: com efeito, optando pelo silêncio o arguido prescinde de dar a sua visão pessoal dos factos e de, eventualmente, esclarecer determinados pontos de que tem conhecimento pessoal, ficando arredadas a confissão espontânea e o arrependimento, circunstâncias que são especialmente relevantes na medida da pena".

³⁵⁸ No original: "(...)só podría seguir al examen de las circunstancias propias del caso, en función de las cuales puede justificarse que se extraigan consecuencias negativas del silencio, cuando, existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una explicación".

para fundamentar a condenação, salvo se não houver motivação ou se esta for arbitrária. Também na Sentença 76/2007 foi acolhido esse entendimento.

Na Alemanha, conforme Dias Neto, há certo consenso no sentido de que a recusa do acusado em prestar quaisquer declarações não pode ser utilizada em seu desfavor, porquanto, do contrário, haveria uma restrição à sua liberdade de declaração, considerando-se, ainda, arbitrária qualquer interpretação que vê a culpa como única motivação psicológica do silêncio³⁵⁹. Nesse sentido tem-se orientado a jurisprudência do *Bundesgerichtshof*, que não admite inferências do silêncio integral ou da negação geral³⁶⁰.

A doutrina alemã classifica o silêncio parcial em *horizontales Teilschweigen*, que consiste no silêncio total, mas não em todos os estágios do processo, e *vertikales Teilschweigen*, que se refere ao silêncio apenas com relação a determinadas perguntas. No primeiro caso, não se admite que sejam extraídas inferências prejudiciais à defesa. No segundo, por outro lado, entende-se, majoritariamente, como admissível a apreciação judicial da recusa em responder como indício de culpa, sob o argumento de que, optando por participar do interrogatório, o acusado submete todo o seu comportamento à livre avaliação do julgador.

Na Itália, distinguem-se o interrogatório, que é meio de defesa e ocorre na fase de investigações, e o exame, que é meio de prova e realizado durante a fase do *dibattimento*³⁶¹. Conforme o art. 208, do CPP italiano, o exame do acusado somente é realizado por seu requerimento ou com o seu consentimento, se requerida por outra parte, cabendo a ele avaliar a conveniência de sua escolha e as consequências que dela advêm - embora não seja obrigado a falar a verdade. A respeito da disposição, assevera Paolo Tonini que "a falta de anuência não pode ser valorada pelo juiz em sentido negativo, pois se trata de uma escolha que se relaciona estritamente com a estratégia de defesa"³⁶². Por outro lado, no curso do exame, também pode o acusado se recusar a responder a determinadas perguntas, devendo tal fato ser consignado. Assim, conclui Tonini que "uma vez que a recusa consta dos autos, deduz-se que o silêncio do acusado pode ser valorado pelo juiz como "argumento de prova", vale dizer, a credibilidade do acusado pode ser questionada"³⁶³.

³⁵⁹ DIAS NETO, op. cit., p. 193.

³⁶⁰ HADDAD, op. cit., p. 70.

³⁶¹ QUEIJO, op. cit., pp. 130 e ss;

³⁶² TONINI, Paolo. A prova no processo penal italiano. São Paulo: RT, 2002, p. 143/144.

³⁶³ *Ibid.* p. 144.

Entre nós, a redação original do art. 186 do Código de Processo Penal estabelecia que, "antes do início do interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa". Complementando o dispositivo, dispunha o art. 198 que "o silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz". A recusa do réu em responder poderia, então, ser levada em consideração pelo julgador como indício de sua culpa, embora não pudesse, por si só, embasar a condenação.

A Lei nº 10.792/2003, no entanto, modificou a redação do art. 186, acrescentando-lhe um parágrafo único que veda a interpretação do silêncio em prejuízo da defesa. Mesmo antes dessa alteração legislativa, entretanto, a doutrina amplamente majoritária já sustentava que o silêncio não poderia ser tido como presunção ou indício de sua culpabilidade a ser considerado para a formação do convencimento judicial.

Sustentava-se que a parte final do art. 186, do CPP não fora recepcionada pela Constituição Federal de 1988, porquanto incompatível com a previsão constitucional do direito de permanecer calado, insculpido no inciso LXIII, do art. 5º. O silêncio, como exercício de um direito fundamental assegurado pela Lei Maior, não poderia acarretar qualquer prejuízo para o réu, pela simples e bastante razão de se tratar de um direito. Assim, para Queijo, "ninguém pode exercer regularmente um direito seu e ser prejudicado em sua esfera jurídica, em decorrência desse exercício. Seria o mesmo que reconhecer a inexistência do direito em foco"³⁶⁴. Invocava-se, também, para sustentar esse posicionamento, o princípio da presunção de inocência: cabendo ao órgão acusatório o ônus da prova da autoria e materialidade do delito, de modo que *in dubio pro reo*, não haveria espaço para presunções em desfavor do acusado que optasse por calar. Permitir inferências do silêncio implicaria, ademais, um cerceamento de defesa, afastando a utilização dessa estratégia moralmente lícita.

O Supremo Tribunal Federal já havia firmado que a Constituição Federal de 1988 não recepcionara a advertência final constante da redação do art. 186 do CPP:

INTERROGATÓRIO - ACUSADO - SILÊNCIO. A parte final do artigo 186 do Código de Processo Penal, no sentido de o silêncio do acusado poder se mostrar contrário aos respectivos interesses, não foi recepcionada pela Carta de 1988, que,

³⁶⁴ QUEIJO, *op. cit.*, p. 172.

mediante o preceito do inciso LVIII do artigo 5º, dispõe sobre o direito de os acusados, em geral, permanecerem calados. Mostra-se discrepante da ordem jurídica constitucional, revelando apego demasiado à forma, decisão que implique a declaração de nulidade do julgamento procedido pelo Tribunal do Júri à mercê de remissão, pelo Acusado, do depoimento prestado no primeiro Júri, declarando nada mais ter a acrescentar. Dispensável é a feitura, em si, das perguntas, sendo suficiente a leitura do depoimento outrora colhido³⁶⁵.

Temos algumas reservas com relação ao argumento que rechaça a valoração do silêncio por se tratar do exercício de um direito. Ao responder às perguntas que lhe são dirigidas em interrogatório o acusado também exerce um direito - a autodefesa positiva - e, nem por isso, sustenta-se que as suas declarações não podem repercutir em seu desfavor no convencimento judicial, mormente em face de uma confissão. O mesmo pode-se dizer das provas por ele juntadas aos autos processuais.

Por outro lado, a vigente Lei Fundamental assegurou ao indivíduo o direito ao silêncio, em redação que, tradicionalmente - à parte no tocante à titularidade do direito - tem efeitos mais amplos que as previsões do princípio *nemo tenetur se detegere* em tratados internacionais ou na própria Constituição norte-americana, onde foi primeiramente inserido. É que esses textos asseguram, em linhas gerais, um direito de *não ser obrigado* a declarar contra si mesmo ou a confessar-se culpado, que alberga uma interpretação mais restrita, segundo a qual a norma apenas obsta a utilização de métodos coercitivos para compelir o acusado a falar - como, aliás, de longa data vem propugnando parte considerável da doutrina norte-americana³⁶⁶. O direito de permanecer calado, inscrito na nossa Constituição, evoca o *right to remain silent* consagrado pela Suprema Corte dos EUA em *Miranda v. Arizona*. Com essa redação - diversa da encontrada na maioria das Constituições e textos internacionais - mormente em se considerando a referência ao preso, parece haver o Constituinte visado à aplicação de regra semelhante à cunhada no polêmico precedente norte-americano.

Nas palavras de Grinover, Fernandes e Gomes Filho, "o silêncio do acusado, na ótica da Constituição, assume dimensão de verdadeiro direito, cujo exercício há de ser assegurado de maneira plena, sem poder vir acompanhado de pressões, diretas ou indiretas, destinadas a induzir o acusado a prestar depoimento"³⁶⁷.

³⁶⁵ STF - RE 199570 / MS, 2º. T., Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 20/03/1998.

³⁶⁶ ALSCHULER, op. cit., p. 203-204.

³⁶⁷ FERNANDES; GOMES FILHO; GRINOVER, op. cit., p. 82.

Entendido o interrogatório como momento para o exercício da autodefesa, no qual o réu apresentará ao julgador a sua versão de como os fatos ocorreram, a fim de influir na formação do seu convencimento, a opção pelo silêncio - que implica uma renúncia dessa oportunidade que, embora possa prejudicá-lo, destina-se, primordialmente, a beneficiá-lo - não deve, com efeito, prejudicar-lhe a defesa. Ademais, a advertência de que o silêncio pode ser interpretado em seu desfavor pode exercer uma pressão sobre o acusado para que fale, comprometendo a sua liberdade de autodeterminação.

Poder-se-ia argumentar, em face do texto constitucional, que o direito ao silêncio não é absoluto, comportando limitações legais, como previa o dispositivo ora analisado. É comum dizer-se que, via de regra, o acusado inocente proclama, enfática e reiteradamente, esse estado, enquanto o culpado prefere esconder-se no silêncio.

O silêncio não é, entretanto, sinônimo de culpabilidade, podendo ter uma série de distintas motivações. Pode resultar do nervosismo e insegurança naturais da pessoa que se encontra em posição altamente vulnerável em face da persecução penal, temendo dizer, acidentalmente, algo que possa prejudicá-la, ou entrar em contradição em seu discurso. Pode decorrer de um sentimento de culpa que acomete a pessoa, mesmo que não haja praticado crime algum, ou do desconhecimento de circunstâncias que poderiam afastar a configuração do tipo penal. Pode ser motivado pela vontade de proteger outrem, ou de esconder fatos que a envergonham, embora não criminosos. Pode decorrer de pressões e ameaças exercidas por particulares, ou, ainda, de uma desconfiança ou hostilidade em relação às autoridades policiais. Pode, enfim, significar que o acusado não tem nada a responder porquanto culpado, mas presumir, como regra, que seja essa a motivação de sua inércia configura raciocínio manifestamente arbitrário e temerário. Conforme Eugênio Pacelli de Oliveira, "que o silêncio não deve ser valorado explica-se pelo fato de que a idoneidade probatória de semelhante postura, para fins de construção da certeza judicial, é de uma pobreza franciscana"³⁶⁸.

A multiplicidade de razões que podem ensejar o silêncio é, a nosso ver, o principal motivo para a rejeição de sua valoração como indício de culpa. Apenas em situações excepcionalíssimas, pensamos, inferência dessa natureza seria justificável, como vem entendendo a Corte Europeia de Direitos Humanos. Quaisquer limitações que se pretendessem impor ao exercício desse direito

³⁶⁸ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 445.

deveriam ser, então, bem mais restritas que a disposta no antigo art. 186. Assim seria, por exemplo, caso se admitisse a valoração apenas do silêncio parcial relativo a perguntas que exigissem do interrogado uma explicação. A fim de afastar eventuais arbitrariedades, entretanto, é preferível o afastamento da possibilidade de o juiz interpretar o silêncio em desfavor do acusado.

Em boa hora veio, então, a alteração do art. 186, do CPP, explicitando o entendimento já majoritariamente acolhido nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial. Em consonância com a nova diretriz, a Lei nº 10.792/2003 também modificou a redação do art. 191, do CPP, que determinava a consignação das perguntas que o réu deixasse de responder e as razões que invocasse para não o fazer, o que somente teria sentido caso se admitisse a interpretação do silêncio em seu desfavor.

Deixou o legislador, entretanto, de alterar a redação do art. 198 do Estatuto Processual Penal, que dispõe que o silêncio pode constituir elemento para a formação do convencimento do juiz. Não obstante essa inexplicável omissão, o dispositivo não foi recepcionado pela Constituição Federal. Ainda que assim não se entenda, é inegável que o parágrafo único do art. 186, do CPP, revogou-o implicitamente, como se deduz do critério hermenêutico da cronologia para a solução de antinomias, vez que não podem coexistir no ordenamento jurídico normas antagônicas.

Atualmente, a única consequência possível da opção por calar-se é a perda da oportunidade de oferecer, pessoalmente, explicações que favoreçam as teses defensivas.

Há, ainda, entretanto, quem sustente que não se deve limitar a apreciação judicial do silêncio. Couceiro, considerando o inciso LXIII, do art. 5º, da CF, norma constitucional de eficácia contida, entende que nada impede que o legislador autorize o juiz a interpretar livremente o exercício do direito pelo acusado, o que não implicaria admitir uma condenação fundada exclusivamente no silêncio, mas apenas a sua confrontação com as demais provas produzidas. Entendimento contrário, segundo aduz, implicaria indevida intromissão do Poder Legislativo na atividade do Poder Judiciário, porquanto "não há um direito a não se interpretar um silêncio contra o acusado, mas sim um direito a não ser compelido a prestar declarações"³⁶⁹. Acerca da modificação operada pela Lei nº 10.792/03, assim se manifesta:

³⁶⁹ COUCEIRO, *op. cit.*, p. 178 e ss.

O novo art. 186 do CPP, ao dar tratamento diferenciado ao acusado em processo ordinário, concedendo-lhe benefício que não é previsto para o acusado, na Justiça Militar, ou para o acusado, perante o Tribunal do Júri, feriu o princípio da isonomia, que deve levar ao tratamento igualitário daqueles submetidos a uma mesma posição. Criou distinção arbitrária, não justificada pelo sistema processual penal vigente.³⁷⁰

Com a devida vênia, entendemos equivocado esse entendimento. Como já visto, a norma constitucional prevê, realmente, um direito ao silêncio, e não um direito de não ser obrigado a declarar, como fazem outros textos constitucionais e tratados internacionais sobre a matéria. O legislador, ao alterar o art. 186, do CPP, não ampliou o direito para além dos limites constitucionais, e sim lhe conferiu plena aplicabilidade, nos termos da Lei Maior. A suposta ofensa à isonomia, mesmo que não se entenda a vedação da valoração do silêncio como decorrência direta da Constituição, resolve-se pela aplicação analógica do novo dispositivo legal em todos os casos.

Haddad, por sua vez, defende a adoção da sistemática alemã em nosso ordenamento, de modo que o silêncio total do acusado, em qualquer fase do processo, não possa ser interpretado em seu prejuízo, mas o silêncio parcial, ou seja, aquele referente apenas a algumas perguntas formuladas no transcurso do interrogatório, sim. Argumenta, a favor desse entendimento, que o silêncio intercalado entre uma e outra pergunta demonstra que o réu não encontra resposta a dar, o que resulta na fragilidade e contrariedade de suas alegações em sede de autodefesa. Assim, segundo o autor:

Não é temerário dizer que o silêncio parcial do acusado, em situações que claramente demandam uma explicação deste, pode ser levado em consideração na avaliação da persuasão das provas aduzidas pela acusação. O silêncio, isoladamente, não poderá ser empregado em prejuízo do réu. Mas como qualquer outro elemento contido nos autos, associado a imperfeições das declarações prestadas, poderá ser utilizado na formação do convencimento judicial, como melhor forma de associar a interpretação do art. 186, parágrafo único com o art. 198, segunda parte, ambos do CPP³⁷¹.

Apesar da lógica e da razoabilidade desse entendimento, não nos parece ter sido essa a vontade do legislador, tendo em vista a revogação da regra que determinava a consignação das perguntas não respondidas, bem como das razões invocadas pelo réu para omitir-se. Ademais, não há qualquer distinção, no

³⁷⁰ *Ibid.*, pp. 182 e ss.

³⁷¹ HADDAD, *op. cit.*, p. 73.

plano constitucional ou no plano legal, entre o silêncio referente à totalidade das perguntas ou a algumas delas.

A consequência do silêncio, quer total, quer parcial, é, já dissemos, unicamente a não utilização da faculdade de autodefesa que se abre ao acusado através do interrogatório; pode, então, desfavorecê-lo, mas não por ser tomado como indício de culpa.

Uma vez que o réu opta por se submeter ao interrogatório, é evidente que as suas declarações poderão ser livremente apreciadas quanto à coerência e verossimilhança, vez que não está o magistrado obrigado a aceitar a sua veracidade, podendo desconsiderar uma versão dos fatos que careça de lógica argumentativa. Calando-se diante de perguntas formuladas pelo juiz ou - como agora autorizado - pelo membro do *Parquet*, pode ocorrer de o réu deixar sem resposta um questionamento acerca de uma afirmação anterior, ou deixar sem explicação eventual contrariedade entre determinada prova colhida nos autos e a sua versão dos fatos, o que acarreta a fragilidade de seu discurso e o reforço da tese acusatória. Não se trata de inferir a culpa do silêncio, mas de concluir pela inconsistência das sustentações realizadas na autodefesa, em cotejo com as demais provas.

A exigência de motivação das decisões judiciais é garantia de extrema importância no respeito ao amplo direito ao silêncio acolhido entre nós. Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci:

[...] não se nega que no espírito do magistrado o silêncio invocado pelo réu pode gerar a suspeita de ser ele realmente o autor do crime, embora, ainda que tal se dê, é defeso ao magistrado externar o seu pensamento na sentença. Ora, como toda decisão deve ser fundamentada, o silêncio jamais deve compor o contexto de argumentos do magistrado para sustentar a condenação do acusado³⁷².

Ocorrendo a valoração do silêncio na sentença, é esta passível de reforma, por vício de motivação.

Nas decisões proferidas pelo tribunal do júri, baseadas na íntima convicção, não se faz presente essa garantia, o que impede o controle sobre a eventual valoração da recusa do réu em participar do interrogatório ou em responder a determinadas perguntas. Ademais, os jurados, via de regra leigos, não tem conhecimento do conteúdo do direito ao silêncio e a advertência do juiz presidente acerca da impossibilidade de sua valoração tem valor reduzido, tendo

³⁷² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 3. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 400.

em vista que, vulgarmente, admite-se que "quem cala consente". O direito ao silêncio revela-se, portanto, frágil em processos perante o júri. Como forma de resguardar o máximo possível a efetividade do preceito constitucional, não deve haver qualquer referência ao seu exercício por parte do Ministério Público ou do juiz togado.

Diante da impossibilidade de se inferir consequências negativas do silêncio, o mais correto, a nosso ver, seria abrir à defesa a opção de requerer ou não o interrogatório do réu em juízo. Dando um primeiro passo nesse sentido, a Lei nº 11.689/08, que reformulou o procedimento no Tribunal do Júri, permitiu o julgamento mesmo na ausência do réu em qualquer caso, conforme o novo art. 457, do CPP. Tal disposição é de grande importância, tendo em vista que forçar o acusado a comparecer e declarar abertamente que não deseja se submeter a interrogatório pode resultar em uma má impressão aos jurados.

4.6.

Direito à mentira

É frequente a associação do princípio *nemo tenetur se detegere* a um suposto direito à mentira de que gozaria o réu ao responder as perguntas formuladas no curso do interrogatório. Para Ferrajoli, o princípio em apreço tem como corolário, dentre outros, a faculdade conferida ao réu de responder o falso³⁷³.

O nosso ordenamento jurídico não impõe ao réu a obrigação de dizer a verdade por ocasião do interrogatório. Ao definir o crime de falso testemunho, o art. 342, do Código Penal, elenca como sujeitos ativos apenas a testemunha, o perito, o tradutor, o contador e o intérprete; não há menção ao acusado. Em decorrência dessa liberdade que se confere a suas declarações, é bastante difundido o entendimento de que goza o réu de um direito à mentira, como decorrência imediata dos princípios da ampla defesa e da não autoincriminação.

Nesse diapasão, Frederico Marques assevera que "o réu não é obrigado a depor contra si próprio e tem o direito de responder mentirosamente ao juiz que o interroga"³⁷⁴. Também nesse sentido manifesta-se Queijo:

³⁷³ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 560.

³⁷⁴ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000, v.2, p. 389.

[...] a inexistência do dever de dizer a verdade é outra decorrência do *nemo tenetur se detegere*. Em razão dele, de um lado, afasta-se o juramento e, conseqüentemente, a observância desse dever pelo acusado. E, de outro, excluem-se as sanções que possam ser impostas a ele por faltar com a verdade³⁷⁵.

Tal entendimento, aparentemente, também encontra acolhida no âmbito de nossos Tribunais Superiores. Assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal. O direito de permanecer em silêncio insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal. E nesse direito ao silêncio inclui-se até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual de o acusado negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal³⁷⁶.

O Superior Tribunal de Justiça, nessa linha, já afirmou expressamente o direito à mentira, no Recurso Especial nº 54.781/SP: "o réu poderá, sem qualquer censura, dar a versão que lhe pareça melhor, tem direito à mentira porque não é obrigado a autoacusar-se"³⁷⁷.

Ousamos, entretanto, dissentir das autorizadas opiniões trazidas à colação. A *tolerância* em relação à mentira não se confunde com um *direito à mentira*.

Dizer-se que o réu tem direito a faltar com a verdade porque não está obrigado a se autoincriminar é uma falácia argumentativa. O que a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional lhe asseguram é o direito de permanecer calado, ou seja, a adoção de uma postura omissiva, que, logicamente, não pode implicar prejuízo a si mesmo ou a outrem. Entre o silêncio e a mentira há uma lacuna que não se pode desprezar.

Para Queijo, a mera possibilidade de juramento do acusado atenta contra o *nemo tenetur se detegere*, porque ele se sentiria compelido a submeter-se ao compromisso para fugir do estigma de suspeito ou culpado³⁷⁸. Assim não nos parece. O estabelecimento de um dever de dizer a verdade, sob pena de sanção, não fere, necessariamente, o princípio *nemo tenetur se detegere*, porquanto apenas representa uma coação se o silêncio puder ser interpretado em seu desfavor. Alijada esta possibilidade, ao acusado ainda restam as opções de calar, sem que essa atitude possa prejudicá-lo, ou se submeter a interrogatório, comprometendo-se, nesse caso, a dizer a verdade. Assim é nos ordenamentos

³⁷⁵ QUEIJO, *op. cit.*, p. 230.

³⁷⁶ STF - HC 68.929/SP, 1ª T., Rel. Min. Celso de Mello, DJ 28/08/1992.

³⁷⁷ STJ – REsp 54.781/SP, 6ª T., Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 26/02/1996.

³⁷⁸ QUEIJO, *op. cit.*, p. 232.

de *common law*. Nos Estados Unidos, embora acolhidos o *privilege against self-incrimination* e o *right to remain silent*, caso o acusado opte por se submeter ao interrogatório, deve prestar juramento de dizer a verdade, e a eventual falsidade de suas declarações configura o crime de perjúrio.

Em outros ordenamentos em que, como o nosso, não há sanção à mendacidade do acusado, nem por isso se reconhece um direito à mentira. Na Espanha, o art. 387 da LECrim dispõe que "não se exigirá juramento aos processados, exortando-lhes somente a dizer a verdade e advertindo-lhes o juiz de instrução que devem responder de uma maneira precisa, clara e conforme a verdade às perguntas que lhes forem feitas"³⁷⁹(tradução livre). Em Portugal, onde, a teor do art. 140º, 3, do Código de Processo Penal, o arguido não presta juramento em caso algum, o Supremo Tribunal de Justiça já firmou, no Processo nº 06P3163, que: "embora a mentira do arguido não seja sancionada penalmente, também não é um direito que lhe assiste, pelo que a tentativa de enganar a investigação e de prejudicar gravemente outra pessoa cuja responsabilidade é menor representa uma conduta processual censurável".

A mentira do réu não encontra resguardo no princípio *nemo tenetur se detegere*. Este garante ao acusado a adoção de uma atitude de não colaboração com a persecução penal, e não a possibilidade de induzir o Estado a erro, ou prejudicar terceiros para fugir à atuação do direito material. O silêncio não ultrapassa a esfera jurídica do réu, enquanto a mentira pode ofender interesses de outrem.

A mentira no interrogatório é meramente tolerada em nosso ordenamento jurídico, uma vez que não são previstas sanções para aquele que mente. É aceita porque ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei. A impunidade da mentira é opção de política criminal, voltada para atender aos interesses da defesa e da persecução penal, acarretando vantagens e desvantagens à posição do réu em face do interrogatório. Se, de um lado, assegura-lhe ampla liberdade de declaração e de elaboração da estratégia de autodefesa, de outro, não deixa de acarretar uma redução da credibilidade de suas declarações.

É, não obstante, a opção preferível, representando uma prevalência da liberdade face à atividade persecutória estatal. Como destaca Haddad, "não se apenas o acusado sempre que proferida uma declaração mendaz, pois ficaria

³⁷⁹ No original: "no se exigirá juramento a los procesados, exhortándoles solamente a decir verdad y advirtiéndoles el Juez de instrucción que deben responder de una manera precisa, clara y conforme a la verdad a las preguntas que les fueren hechas".

tolhido o direito de defesa e seria rematada restrição à liberdade de escolha da conduta processual³⁸⁰. Trata-se, ademais, de posição arraigada na tradição jurídica brasileira.

A tolerância em relação à mentira, entretanto, encontra limites nas normas penais. Presentes os elementos objetivos e subjetivos descritos em um tipo penal, está, em princípio, caracterizado o crime. É reprovável a conduta que ultrapassa a esfera pessoal do acusado e ocasiona lesão a interesses alheios. Na dicção de Haddad:

[...] se a declaração inverídica ultrapassar a esfera jurídica do acusado e enquadrar-se em tipos penais, a mentira deixa de ser permitida e se torna vedada, com a conseqüente imposição de sanções. E por haver previsão de punição para o acusado mendaz cuja conduta se adapte a tipos penais, não é correto falar na existência de um direito de mentir, porque um direito, quando exercido, não pode acarretar a inflicção de pena a quem o exerce³⁸¹.

Assim, imputando o crime a alguém que sabe ser inocente, pode o réu cometer o crime de calúnia ou mesmo denunciação caluniosa, tipificados, respectivamente, nos arts. 138 e 339 do CP. Nesse caso, a conduta do réu pode acarretar, além da impunidade do verdadeiro culpado, a condenação de um inocente, motivo pelo qual é absolutamente reprovável. Também não vai a liberdade de declaração ao extremo de permitir ao réu atribuir a si, falsamente, a autoria de um delito, o que configura o crime de autoacusação falsa, definido no art. 340, do CP. Nessa hipótese, sequer faria sentido argumentar que a sua mentira estaria abrangida pelo princípio da não autoincriminação.

Já explicitamos nosso entendimento de que o direito ao silêncio, no interrogatório, não incide sobre a qualificação do réu, de modo que a sua recusa em declinar dados pessoais ou o fornecimento de dados falsos poderia configurar infrações penais diversas, conforme o caso, definidas na Lei de Contravenções Penais e no Código Penal. Sob outra ótica, o *nemo tenetur se detegere* não legitima o fornecimento de dados falsos, porquanto nele não se insere o direito à mentira. Assim, com a devida vênia, a nosso juízo, incide em duplo equívoco a jurisprudência de alguns Tribunais pátrios, ao excluir a caracterização dos crimes de falsa identidade, falsificação de documento público, falsidade ideológica ou uso de documento falso como decorrência do direito ao silêncio.

³⁸⁰ HADDAD, *op. cit.*, p. 185.

³⁸¹ HADDAD, *op. cit.*, p. 185.

A mentira, não constituindo um direito, pode acarretar consequências processuais desfavoráveis ao acusado. Verificando-se que este mentiu, suas declarações perdem a credibilidade, de modo que dificilmente o julgador se convencerá da veracidade da versão dos fatos por ele apresentada, a menos que esteja em consonância com outras provas. Ademais, entendemos perfeitamente admissível que a mendacidade das declarações do réu, verificada com base no confronto com as demais provas produzidas, seja interpretada como indício de culpa. É claro que o juiz deve avaliar cuidadosamente cada caso para que possa extrair da atitude mendaz inferências prejudiciais à defesa, porquanto é evidente que a mentira pode, assim como o silêncio, ter outros motivos além da culpa. A sua valoração judicial, entretanto, não é vedada. Discordamos, assim, de Queijo, para quem "além do afastamento de sanções ao acusado por mentir, o *nemo tenetur se detegere* impede também sejam extraídas consequências prejudiciais a ele por faltar com a verdade no interrogatório"³⁸².

Alguns doutrinadores sustentam que a mentira do acusado pode influir na fixação da pena-base, orientada pelas circunstâncias judiciais elencadas no art. 59, do Código Penal, como elemento relevante na aferição da personalidade ou da conduta social do agente. Nesse sentido é o entendimento do Procurador da República Vladimir Aras:

Ao proferir sentença condenatória, o juiz deve averiguar as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e ali terá ensejo para repreender com mais rigor o réu mendaz, o mentiroso contumaz, o enganador. Esse deve merecer pena-base superior à daquele réu que silencia ou à daquele que sustenta sua versão fática sem recorrer a mentiras escandalosas ou a outras fabulações dolosas. Entre as circunstâncias do art. 59 do CP estão a personalidade do agente e sua conduta social. A mentira pode ser um dado revelador da personalidade distorcida do acusado ou pode ser fator identificador de uma conduta antissocial, de modo que, nesses casos, o juiz estará autorizado a fixar a pena-base acima do mínimo legal (CP, art. 59, II) ³⁸³.

No julgamento do HC 68.742/DF, o STF reformou decisão que havia fixado a pena-base acima do mínimo legal, dentre outros motivos, por haver o réu negado falsamente a prática do delito:

A fixação da pena acima do mínimo legal exige fundamentação adequada, baseada em circunstâncias que, em tese, se enquadrem entre aquelas a ponderar, na forma prevista no art.

³⁸² QUEIJO, *op. cit.*, p. 235.

³⁸³ ARAS, Vladimir. A mentira do réu e o art. 59 do CP. In: **Garantismo Penal Integral**. Salvador: Jus Podium, 2010, p. 252/253.

59 do Código Penal, não se incluindo, entre elas, o fato de haver o acusado negado falsamente o crime, em virtude do princípio constitucional - "nemo tenetur se detegere"³⁸⁴.

Merece registro, entretanto, que, apesar da ementa, por ocasião desse acórdão, apenas três Ministros manifestaram-se expressamente contrários à utilização da falsa negação da prática de delito como critério para aumento da pena-base³⁸⁵.

A nosso ver, apenas mediante previsão legal expressa poderia a mentira em juízo ser considerada na fixação do *quantum* da pena. Embora respeitáveis as argumentações a favor de sua consideração como circunstância desfavorável da personalidade do agente, é difícil determinar a partir de que ponto a mentira do réu em juízo poderia ser tomada como elemento revelador de uma personalidade merecedora de maior reprovação penal. Considerando-se a frequência do recurso à mentira, a crença ainda difundida de que é melhor declarar falsidades do que se calar, bem como as eventuais incompatibilidades das declarações do réu com a realidade em decorrência de lapsos de memória ou equívocos na transmissão de ideias, acreditamos que somente em casos excepcionalíssimos a atitude mendaz do réu poderia merecer distinção dessa sorte. Outrossim, se o ordenamento jurídico optou por não reprovar penalmente a conduta, tendo em vista o instinto de autopreservação ínsito à natureza humana, o agravamento da pena não deixa de caracterizar certo contorno a essa escolha. O que ao acusado é permitido ou tolerado fazer não pode funcionar como circunstância agravante³⁸⁶.

³⁸⁴ STF - HC 68.742/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min Ilmar Galvão, DJ 02/04/1993.

³⁸⁵ O Ministro Marco Aurélio questionou, nesse ponto, a decisão, entendendo que terminava por compelir o acusado a reconhecer o delito: "Então compele o artigo 59 o acusado, para beneficiar-se quando da fixação da pena-base, ao reconhecimento do delito que lhe é imputado? A meu ver, não". O Ministro Celso de Mello, por sua vez, relacionou diretamente a questão ao direito ao silêncio: "e nesse direito ao silêncio inclui-se, até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual de negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática do ilícito penal", de modo que essa circunstância não poderia ser considerada no processo de fixação da pena-base. Por fim, o Ministro Sepúlveda Pertence, acolhendo a posição do Ministro Celso de Mello, acrescentou que "a confissão espontânea do crime, é que é a atenuante: e a inexistência de uma atenuante não pode converter-se em circunstância judicial desfavorável ao réu na fixação da pena-base".

³⁸⁶ HADDAD, *op. cit.*, p. 204

5

Do direito de não produzir provas contra si mesmo

Em decorrência do desenvolvimento de técnicas que se prestam a auxiliar a busca da verdade no processo penal e do conseqüente incremento dos meios probatórios disponíveis, vem-se difundindo uma concepção ampliada do princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo a qual o seu âmbito de incidência não se limita apenas às manifestações orais do investigado ou réu, mas se estende também a quaisquer outras formas de colaboração na produção de provas. Atribui-se ao indivíduo, assim, ao lado do direito ao silêncio, o direito mais amplo de não produzir provas contra si mesmo, em nome do princípio da não autoincriminação, conferindo-lhe a liberdade de escolha entre submeter-se ou não a determinadas medidas tendentes a acertar fatos relevantes ao processo penal.

Embora, de um modo geral, o princípio em apreço seja bastante difundido, em outros ordenamentos jurídicos, no âmbito das manifestações comunicativas do indivíduo, o mesmo não se dá com relação a outros meios de prova que dependem de sua colaboração. A análise do tratamento da matéria em outros países revela uma interpretação muitas vezes restritiva do princípio da não autoincriminação, apoiada em disciplinas legais que impõem a produção de certas provas independentemente do consentimento da pessoa, ou que sancionam penalmente a sua recusa em colaborar.

A jurisprudência e a doutrina nacionais vêm, por outro lado, aceitando, majoritariamente, essa extensão conferida ao *nemo tenetur se detegere*, não obstante a ausência de previsão expressa do direito de não produzir provas contra si mesmo em nosso ordenamento, quer a nível constitucional, quer a nível infraconstitucional. Registram-se entre nós, no entanto, entendimentos diversos, ora rechaçando qualquer interpretação do princípio que estenda a sua abrangência para além do direito ao silêncio, ora admitindo a sua incidência também em relação a outros meios de prova, mas não a todos que envolvem a participação do imputado. A escassa regulamentação legal da matéria, entre nós, contribui sobremaneira para a instabilidade nos delineamentos do princípio.

Tal situação releva a importância da busca dos fundamentos do direito de não produzir provas contra si mesmo em nosso sistema jurídico-constitucional, de modo a viabilizar a compreensão de seus contornos, bem como as suas possíveis

limitações em face do interesse público na correta e efetiva repressão a condutas criminosas.

5.1.

Panorama do Direito Comparado

O princípio da não autoincriminação, como já vimos, é acolhido em diversos ordenamentos jurídicos, mas se apresenta sob roupagens diversas, notadamente com relação a alguns de seus efeitos e à sua amplitude. O estudo do sentido, limite e alcance do *nemo tenetur se detegere* no Direito Comparado constitui importante referência para o tratamento de algumas questões relevantes relativas ao regime de provas no processo penal brasileiro. Abordaremos, então, no presente tópico, a extensão do princípio a provas que dependem da colaboração do acusado por formas diversas das manifestações orais, bem como as medidas empregadas em caso de sua negativa em colaborar em outros países.

5.1.1.

Estados Unidos da América

No direito americano, predomina o entendimento de que o *privilege against self-incrimination* limita-se a provas de natureza testemunhal ou comunicativa.

Desde o julgamento de *Boyd v. United States*, em 1886, a Suprema Corte dos EUA entende que documentos privados estão sob a proteção do *privilege against self-incrimination*, que, então, aplica-se não apenas a declarações testemunhais (orais), mas também a comunicações documentais (escritas).

Em 1910, no caso *Holt vs. U.S.*, a Suprema Corte adotou pela primeira vez a restrição da cláusula inscrita na Quinta Emenda a provas comunicativas. No curso do processo, questionou-se se uma blusa pertencia ao réu, tendo em vista a declaração de uma testemunha de que ele a vestira e ela lhe servira. O réu impugnou a utilização da prova sob o argumento de que fora produzida sob a mesma coação que tornou suas declarações inadmissíveis. A Suprema Corte, considerando que a objeção se baseava em uma extensão extravagante da Quinta Emenda, firmou que a proibição de compelir alguém a ser testemunha contra si mesmo é uma proibição de utilização de compulsão física ou moral para

dele extorquir comunicações; não significa a exclusão de seu corpo como prova material, pois, do contrário, o júri seria proibido até mesmo de olhar para o réu e comparar suas características com uma fotografia.

Em *Rochin v. California*, três policiais haviam invadido a casa de Rochin, suspeito de vender narcóticos, e, ao vê-lo colocar duas cápsulas na boca, tentaram extrai-las à força. Não obtendo sucesso, conduziram-no, em seguida, a um hospital, onde o suspeito, amarrado a uma mesa de operações, foi forçado a ingerir emético por meio da introdução de um tubo em seu estômago, contra a sua vontade. Ele, então, vomitou as duas cápsulas, que, conforme verificou-se posteriormente, continham morfina. Essa prova foi admitida em juízo e Rochin foi condenado pela corte estadual. Em decisão de 1952, a Suprema Corte dos Estados Unidos reverteu a condenação, considerando que foi obtida por métodos que violavam a cláusula do *due process of law* constante da Décima Quarta Emenda. Firmou, no caso, que os procedimentos mediante os quais a condenação foi obtida - invasão ilegal da privacidade do acusado, luta para abrir sua boca e remover o que lá se encontrava e extração forçada do conteúdo de seu estômago - chocam a consciência e ofendem até sensibilidades endurecidas. Divergindo da maioria, os *Justices* William Douglas e Hugo Black sustentaram que a prova deveria ser inadmissível não por ofender a consciência, porquanto a maioria dos Estados federados admitia provas análogas, mas por violação ao direito de não se autoincriminar.

No julgamento do caso *Schmerber v. California*, em 1966, reiterou-se, expressamente, a distinção entre provas testemunhais e não testemunhais para fins de aplicação do *privilege against self-incrimination*. Após sofrer um acidente automobilístico, Armando Schmerber foi levado ao hospital, onde policiais ordenaram ao médico plantonista que colhesse uma amostra de seu sangue para verificar a presença de álcool em seu organismo, a despeito de sua recusa. O laudo da análise do sangue, que indicava a intoxicação, foi aceito como prova e Schmerber foi condenado, em decisão confirmada em corte de apelação. A Suprema Corte dos Estados Unidos, decidindo por cinco votos contra quatro, entendeu que o privilégio não se aplicava ao caso, tendo em vista que não havia sequer sombra de compulsão para testemunhar contra si mesmo, ou de outra forma fornecer ao Estado prova de natureza comunicativa ou testemunhal.

Nesse julgado, o entendimento majoritário reconheceu que a extração de sangue submetia o acusado à produção de prova que poderia vir a ser usada para ensejar a persecução criminal contra si, bem como que a situação suscitava o complexo de valores que o *privilege* visa a proteger, como o equilíbrio entre o

Estado e o indivíduo e os deveres do Estado de assumir todo o encargo e de respeitar a inviolabilidade da pessoa humana. Não obstante, consignou que o *privilege* nunca teve o alcance que o complexo de valores por ele protegido sugere, incidindo, tradicionalmente, apenas em situações em que se busca a condenação na própria boca do acusado:

Como a passagem em *Miranda* reconhece implicitamente, entretanto, ao privilégio nunca foi dado o total escopo cujos valores que ele ajuda a proteger sugerem. A história e uma longa linhagem de autoridades em cortes inferiores limitaram consistentemente a sua proteção a situações em que o Estado busca afogar aqueles valores obtendo prova contra o acusado através expediente simples e cruel de arrancá-la de sua própria boca [...] Está claro que a proteção do privilégio alcança as comunicações de um acusado, qualquer que seja a forma que tomem, e a compulsão de ações que são também comunicações, por exemplo, a observância a uma intimação para produzir papeis. De outro lado, cortes federais e estaduais têm usualmente entendido que ele não oferece proteção contra a compulsão para se submeter à colheita de impressões digitais, a fotografias ou medições, para escrever ou falar para identificação, para aparecer perante a corte, para ficar de pé, para assumir uma postura, para andar ou para fazer um gesto particular. A distinção que emergiu, frequentemente expressada de formas diversas, é que o privilégio é uma barreira contra a compulsão para obter 'comunicações' ou 'testemunhos', mas a compulsão que faz um suspeito ou acusado fonte de 'prova real ou física' não o viola.³⁸⁷(tradução livre).

Como se vê, a decisão em referência fixou que o *privilege* não proíbe o uso de compulsão sobre o indivíduo para a obtenção de impressões digitais, fotografias ou medições, ou para obrigá-lo a escrever ou falar com fins de identificação, a comparecer em juízo, a ficar de pé, a assumir certa postura, a andar ou a fazer um gesto em particular.

O *Justice Black*, seguido pelo *Justice Douglas*, contrariando o entendimento majoritário, asseverou:

³⁸⁷ No original: As the passage in *Miranda* implicitly recognizes, however, the privilege has never been given the full scope which the values it helps to protect suggest. History and a long line of authorities in lower courts have consistently limited its protection to situations in which the State seeks to submerge those values by obtaining the evidence against an accused through the cruel, simple expedient of compelling it from his own mouth [...]

It is clear that the protection of the privilege reaches an accused's communications, whatever form they might take, and the compulsion of responses which are also communications, for example, compliance with a subpoena to produce one's papers. On the other hand, both federal and state courts have usually held that it offers no protection against compulsion to submit to fingerprinting, photographing, or measurements, to write or speak for identification, to appear in court, to stand, to assume a stance, to walk, or to make a particular gesture. The distinction which has emerged, often expressed in different ways, is that the privilege is a bar against compelling "communications" or "testimony," but that compulsion which makes a suspect or accused the source of "real or physical evidence" does not violate it".

É uma estranha hierarquia de valores que permite ao Estado extrair o sangue de um ser humano para condená-lo por um crime em razão do conteúdo desse sangue, mas proscree a entrega compulsória de seus papéis sem vida. Certamente poucas provas teriam maior valor 'testemunhal' para condenar um homem por dirigir embriagado do que a análise do conteúdo alcoólico de seu sangue. Nessa situação, o sangue, é claro, não é um testemunho oral dado pelo acusado, mas pode certamente 'comunicar' à corte e ao júri o fato da culpa³⁸⁸ (tradução livre).

Em consonância com o entendimento de *Schmerber*, a Suprema Corte decidiu, em *United States v. Wade* (1967), que posicionar o agente em uma fila para ser exibido a testemunhas e exigir dele que repetisse as palavras que o criminoso supostamente teria usado não feria o *privilege*, porquanto a voz, nesse caso, serve de característica física para identificação, não envolvendo a compulsão para que o acusado forneça prova de natureza testemunhal contra si mesmo. Em *Gilbert v. California*, julgado no mesmo ano, a Suprema Corte entendeu que a exigência de fornecimento de exemplares de grafia - meio de identificação em que não importa o conteúdo dos escritos - também não viola o *privilege*. Da mesma forma, em *United States v. Dionisio* (1973), decidiu que a produção de um exemplar de voz para fins de identificação é prova não-testemunhal e, portanto, não é abrangida pela Quinta Emenda.

Conforme Queijo, vem-se admitindo que a recusa do suspeito ou acusado em cooperar na produção de prova enseja a execução coercitiva da medida, ou configure crime, permitindo-se, também, que a acusação comente essa circunstância em julgamento³⁸⁹. O tratamento da negativa em colaborar depende da legislação de cada Estado.

No direito norte-americano, em suma, entende-se que o suspeito ou acusado não pode ser compelido a declarar, mas pode ser obrigado a fazer ou tolerar alguma coisa, obedecido *o due processo of law*. As intervenções criativas da jurisprudência da Suprema Corte permitiram o estabelecimento de direitos conexos necessários para a efetiva garantia do *privilege*, como a exigência da comunicação do direito de permanecer calado e de assistência de advogado, mas não ultrapassou a literalidade restritiva do texto constitucional.

³⁸⁸ No original: "It is a strange hierarchy of values that allows the State to extract a human being's blood to convict of a crime because of the blood's content but proscribes compelled production of his lifeless papers. Certainly there could be few that would have any more "testimonial" value to convict a man of drunken driving than would an analysis of alcoholic content of a human being's blood introduced in evidence at a trial for driving while under the influence of alcohol. In such a situation blood, of course, is not oral testimony given by an accused but it can certainly "communicate" to a court and jury the fact of guilt".

³⁸⁹ QUEIJO, *op. cit.*, p. 304.

5.1.2.

Corte Europeia de Direitos Humanos

No âmbito supranacional, importante referência em relação ao princípio *nemo tenetur se detegere* é a Corte Europeia de Direitos Humanos. Como já vimos, embora a Convenção Europeia de 1950 não preveja, expressamente, o direito de permanecer calado e de não se autoincriminar, a Corte de Estrasburgo já os reconheceu em diversas oportunidades, com base no direito a um processo equitativo.

A introdução do princípio da não autoincriminação na jurisprudência da Corte se deu no caso *France v. Funke*, julgado em 1993. No curso de procedimento administrativo conduzido pelas autoridades fazendárias para apurar suposta fraude fiscal praticada por JeanGustave Funke, procedeu-se à busca e apreensão em sua residência, onde foram encontradas provas de que ele teria contas bancárias estrangeiras. Durante as investigações, Funke foi, então, intimado a apresentar documentos bancários relativos a suas operações internacionais. Recusando-se a atender à ordem, ele foi condenado, em processo penal, ao pagamento de uma multa que aumentava diariamente enquanto não fornecesse as informações exigidas e, caso, mesmo assim, mantivesse a recusa, à prisão. A Corte reconheceu, em breve fundamentação, que houve ofensa ao direito de todo acusado, em processo criminal, de se calar e de não contribuir para a sua própria incriminação, em violação ao art. 6º da CEDH.

No caso *Saunders v. United Kingdom*, julgado em 1996, a Corte de Estrasburgo reiterou o seu entendimento. De acordo com o *Companies Act* de 1985, os inspetores designados do Ministério do Comércio e da Indústria do Reino Unido, ao procederem a investigações em empresas, poderiam ter acesso a todos os livros e documentos relativos ao seu funcionamento, bem como interrogar seus funcionários e diretores. A recusa em colaborar ou o falso depoimento configuram *contempt of court*, punível com penas de multa e até dois anos de prisão. No caso, discutiu-se a admissibilidade como prova, em processo penal, das declarações e documentos fornecidos por Saunders em procedimento de investigação conduzido nesses termos. A Corte, embora reconhecendo que o direito de não se autoincriminar não se aplica a procedimentos administrativos, decidiu que a utilização das informações prestadas pelo acusado sob compulsão, em processo criminal, viola esse direito e, conseqüentemente, o art. 6º, da CEDH. Por ocasião dessa decisão, a Corte consignou que o direito de não contribuir para a própria

incriminação pressupõe que, em um processo penal, a acusação busque fundamentar sua argumentação sem recorrer a elementos de prova obtidos por coerção ou pressões, em desprezo à vontade do acusado, sentido no qual esse direito "é intimamente ligado ao princípio da presunção de inocência"³⁹⁰ (tradução livre).

Nessa decisão, a Corte estabeleceu, entretanto, que o *privilege* destina-se, primordialmente, a tutelar o silêncio do acusado, e não a facultar-lhe a recusa em se submeter a outras provas: "é intimamente ligado ao princípio da presunção de inocência".

Conforme a decisão em *Saunders*, então, o critério delimitador do âmbito de incidência do princípio da não autoincriminação, na visão da Corte de Estrasburgo, é a existência do material independentemente da vontade do suspeito ou acusado.

Uma das mais frequentes críticas dirigidas a essa posição consiste em que documentos também existem independentemente da vontade, o que dificulta compreender a sua proteção pelo *privilege* em *Funke*. O entendimento expresso neste julgado foi, inclusive, reiterado posteriormente em *Heaney and McGuinness v. Ireland* e em *JB. v. Switzerland*. Assim, o critério apontado em *Saunders* não encontra uma perfeita correspondência nas decisões da Corte.

Na passagem de *Saunders*, o que é mencionado como excluído da proteção são documentos apreendidos na execução de um mandado, de modo que, se as autoridades os encontrarem por si mesmas, não há ofensa ao *privilege*. O problema parece estar em exigir que um suspeito coopere com as autoridades, entregando-os. Assim, explica Redmayne, "é verdade que a linguagem em *Saunders* é confusa - documentos pré-existentes entregues pelo suspeito têm 'uma existência independente da vontade'; é a sua produção que depende na vontade"³⁹¹ (tradução livre).

Tal entendimento da Corte foi, em certa medida, contrariado em *Jalloh v. Germany*, julgado em 2006. Policiais germânicos prenderam Abu Bakah Jalloh sob suspeita de tráfico de drogas, após vê-lo retirando de sua boca um pequeno saco plástico e entregando-o a outra pessoa. O suspeito foi levado a um hospital sob custódia e instado a tomar uma medicação que o fizesse regurgitar. Ao se recusar a fazê-lo, Jalloh foi imobilizado por quatro policiais e forçado a ingerir

³⁹⁰ No original: "est étroitement lié au principe de la présomption d'innocence".

³⁹¹ No original: "it is true that the language in *Saunders* is confusing-pre-existing documents handed over by the suspect do have 'an existence independent of the will'; it is their production that depends on the will". REDMAYNE, *op. cit.*

emético por meio de um tubo nasogástrico, o que o levou a vomitar uma pequena bolsa de plástico que continha cocaína.

A Corte consignou que, embora a CEDH não vede, em princípio, o recurso à intervenção médica apta a impulsionar o prosseguimento das investigações sobre uma infração, toda afetação à integridade física de uma pessoa na busca de elementos de prova deve receber um exame rigoroso, especialmente sobre os seguintes elementos: o grau da necessidade da intervenção médica para a obtenção de elementos de prova, os riscos à saúde do suspeito, a maneira como a intervenção é realizada, bem como as dores físicas e o sofrimento mental provocados, a supervisão médica assegurada e os efeitos sobre a saúde da pessoa submetida à medida. Analisando cada um desses fatores, inclusive o fato de que o acusado não traficava grande quantidade de droga, a possibilidade de os policiais simplesmente esperarem a eliminação da substância por vias naturais e a brutalidade da força empregada para vencer a resistência, a Corte concluiu ter havido violação ao art. 3º, da CEDH, que veda tratamentos desumanos e degradantes.

Ademais disso, também entendeu ter havido ofensa ao direito de não contribuir para a própria incriminação. A Corte repetiu a passagem de *Saunders*, no sentido de que esse direito se destina, em primeiro lugar, ao respeito à determinação de um acusado em permanecer em silêncio e reconheceu que, no caso, tratava-se da utilização, no processo, de elementos de prova "materiais", e não testemunhais. Não obstante, entendeu por bem dar ao direito um sentido mais largo, de maneira a albergar casos em que os agentes estatais recorrem a elevado grau de coerção para obter tais elementos de prova materiais, referindo-se à interpretação abrangente adotada nos casos *Funke v. France* e *J.B. v. Switzerland*.

Embora os elementos de prova em questão - sacos plásticos contendo substância entorpecente - se enquadrem na categoria de dados que existem independentemente da vontade do suspeito, cuja utilização não é geralmente proibida, a Corte considerou que diversos fatores distinguiam o caso das hipóteses mencionadas em *Saunders*:

Primeiramente, como as medidas denunciadas nos casos *Funke* e *J.B. v. Switzerland*, a administração de emético visava a recolher provas materiais a despeito da vontade do requerente. Ao inverso, os elementos corporais tais como os citados no caso *Saunders* são obtidos pela força a fim de realizar um exame médico-legal destinado a detectar, por exemplo, a presença de álcool ou estupefacientes. Em segundo lugar, a força empregada na espécie difere consideravelmente em grau da

coerção normalmente necessária para recolher os tipos de elementos mencionados no caso Saunders. Para a obtenção de tais elementos, o acusado deve suportar passivamente um atentado menor à sua integridade física (por exemplo no caso de coleta de sangue, de cabelo ou de tecidos corporais) e mesmo se a participação ativa é requisitada, ressalta do caso Saunders que isso concerne apenas aos elementos produzidos pelo funcionamento orgânico normal (por exemplo o hálito, a urina e amostras de voz). Pelo contrário, o requerente foi constrangido na espécie a regurgitar os elementos buscados, o que necessitou de uma introdução forçada de uma sonda nasal e a administração de uma substância destinada a provocar uma reação patológica em seu organismo. Como a Corte anotou acima, essa intervenção não era desprovida de riscos para a saúde do interessado. Em terceiro lugar, na ocorrência as provas foram recolhidas por meio de um procedimento contrário ao artigo 3°. O método empregado no caso do requerente contrasta-se de maneira impressionante com aqueles que são utilizados para coletar, por exemplo, o ar expirado ou o sangue, os quais não alcançam, salvo circunstâncias excepcionais, o mínimo de gravidade requerido para violar o artigo 3.³⁹² (tradução livre).

Admitida, então, a incidência do privilégio em Jalloh, criou-se "an exception to the exceptional category (matters having an independent existence) recognized in Saunders"³⁹³.

A violação do princípio foi analisada com base nas seguintes circunstâncias: a natureza e o grau da coerção empregada para a obtenção dos elementos de prova, o peso do interesse público na persecução da infração em

³⁹² No original: " Premièrement, comme les mesures dénoncées dans les affaires Funke et J.B. c. Suisse, l'administration de l'émétique visait à recueillir des preuves matérielles au mépris de la volonté du requérant. A l'inverse, les éléments corporels tels que ceux cités dans l'affaire Saunders sont obtenus par la force aux fins d'un examen médico-légal destiné à détecter, par exemple, la présence d'alcool ou de stupéfiants.

Deuxièmement, la force employée en l'espèce diffère considérablement en degré de la coercition normalement nécessaire pour recueillir les types d'éléments mentionnés dans l'affaire Saunders. Pour l'obtention de tels éléments, le prévenu doit endurer passivement une atteinte mineure à son intégrité physique (par exemple en cas de prélèvement de sang, de cheveux ou de tissus corporels), et même si sa participation active est requise, il ressort de l'affaire Saunders que cela ne concerne que des éléments produits par le fonctionnement organique normal (par exemple l'haleine, l'urine ou des échantillons de voix). Par contre, le requérant a été contraint en l'espèce à régurgiter les éléments recherchés, ce qui a nécessité l'introduction de force d'une sonde nasale et l'administration d'une substance destinée à provoquer une réaction pathologique dans son organisme. Ainsi que la Cour l'a noté ci-dessus, cette intervention n'était pas dépourvue de risques pour la santé de l'intéressé.

Troisièmement, en l'occurrence les preuves ont été recueillies au moyen d'une procédure contraire à l'article 3. La méthode employée dans le cas du requérant contraste de manière frappante avec celles que l'on met en œuvre pour prélever, par exemple, de l'haleine ou du sang, lesquelles n'atteignent pas, sauf circonstances exceptionnelles, le minimum de gravité requis pour enfreindre l'article 3".

³⁹³ Tradução livre: "uma exceção para a categoria excepcional (elementos que têm uma existência independente) reconhecida em Saunders". ASHWORTH, Andrew. Self-incrimination in European Human Rights Law: a Pregnant Pragmatism? **Cardozo Law Review**, 2010, p. 765. Disponível em <<http://www.cardozolawreview.com/content/30-3/ASHWORTH.30-3.pdf>>. Acesso em 7 de Abril de 2017.

questão e na punição de seu autor, a existência de garantias apropriadas no procedimento e a utilização dos elementos assim obtidos.

Ashworth, analisando a jurisprudência da Corte de Estrasburgo sobre o *privilege against self-incrimination* assevera que a distinção estabelecida em *Saunders* gera controvérsias, tendo em vista que a força que pode ser empregada para a obtenção de amostras de sangue e cabelo pode ser maior, ou ao menos mais humilhante ou fisicamente dolorosa, que a remota coerção consistente na ameaça de penalidades para obrigar o acusado a falar ou a entregar documentos.

Conforme elucida o autor:

No entanto, em grande medida porque parece haver um consenso europeu na necessidade de poderes compulsórios para tomar certas amostras corporais, tais casos permanecem fora do privilégio contra a autoincriminação desenvolvido pela Corte de Estrasburgo. Há a sugestão de que o exercício daqueles poderes compulsórios não requer qualquer cooperação do suspeito, enquanto a compulsão para falar ou para entregar documentos opera diretamente em sua mente. Mas essa lógica, como aquelas oferecidas em suporte das outras duas exceções, parece ser pouco mais que um exercício de ingenuidade a fim de defender uma prática que somente pode ser justificada em bases pragmáticas³⁹⁴ (tradução livre).

5.1.3.

Inglaterra

A legislação inglesa é bastante detalhada quanto às provas que dependem da colaboração do acusado. Elas são disciplinadas no *Police and Criminal Evidence Act* de 1984, nas seções 54A a 65. Via de regra, tais medidas, quando cabíveis, com ou sem o consentimento do acusado, só podem ser autorizadas por agente policial que ocupe, no mínimo, a classe de inspetor.

A busca e o exame em pessoa detida em estabelecimento policial podem ser realizados, sem o seu consentimento, a fim de verificar a presença de marca que permita identificá-la como pessoa envolvida no cometimento de um delito, ou que facilite o acerto de sua identidade, caso ela se recuse a fornecer seus

³⁹⁴ No original: However largely because there appears to be a European consensus on the need for compulsory powers to take certain bodily samples, such cases remain outside the privilege against self-incrimination developed by the Strasbourg court. There is the suggestion that the exercise of those compulsory powers requires no co-operation from the suspect, whereas compulsion to speak or to hand over documents operates directly on the suspect's mind. But this rationale, rather like those offered in support of the other two exceptions, seems to be little more than an exercise of ingenuity in order to defend a practice that can be justified only on pragmatic grounds
" ASHWORTH, *op. cit.*, p. 773.

dados pessoais ou haja motivo razoável para suspeitar que ela não é quem diz ser. Qualquer marca identificadora encontrada pode ser fotografada, independentemente do consentimento.

A busca íntima - definida como o exame físico dos orifícios corporais, salvo a boca - pode ser realizada quando houver motivos razoáveis para crer que a pessoa que está sob custódia pode ter escondido em si qualquer coisa que possa usar para causar ofensa física a si mesmo ou a outrem, ou drogas de Classe A. Em caso de crime de drogas, a busca íntima só pode ser efetuada se houver consentimento por escrito, mas, se houver recusa sem bom motivo, juízes, jurados e tribunais podem dela retirar as inferências que lhes parecerem apropriadas. A pessoa sob detenção policial também pode ser submetida a radiografias ou ultrassonografias se houver motivos para crer que ela engoliu drogas de Classe A, desde que dê o seu consentimento por escrito, mas, em caso de recusa sem bom motivo, esta também pode ser interpretada em seu desfavor.

As impressões digitais podem ser colhidas, sem o consentimento, em se tratando de pessoa detida em estabelecimento policial, presa ou acusada por *recordable offence*³⁹⁵. O mesmo vale para pessoas condenadas por *recordable offence*; pessoas que, quando advertidas sobre uma *recordable offence*, houverem admitido sua culpa; e pessoas advertidas ou repreendidas por uma *recordable offence* nos termos da seção 66 do *Crime and Disorder Act* de 1998. As impressões de calçados também podem ser colhidas, contra a vontade da pessoa, em casos análogos.

O *Police and Criminal Evidence Act* distingue a coleta de amostras corporais íntimas e não-íntimas, conferindo-lhes tratamento diverso. Consideram-se íntimas as amostras de sangue, sêmen ou qualquer tecido fluido, urina e pelo pubiano, a impressão dentária e o material colhido de qualquer parte da genitália ou de um orifício corporal que não seja a boca. Não-íntimas, por outro lado, são as amostras de cabelo, unha, saliva, a impressão de pele e o material colhido de qualquer parte do corpo além daquelas das quais a amostra seria considerada íntima.

As amostras íntimas podem ser colhidas de pessoa em detenção policial, ou de pessoa em liberdade se duas ou mais amostras não-íntimas colhidas no curso das investigações não forem suficientes, desde que haja, em ambos os

³⁹⁵ *Recordable offences* são crimes em relação aos quais a polícia pode manter registros de condenações e de criminosos. De acordo com o *National Police Records (Recordable Offences) Regulations 2000*, são *recordable offences* quaisquer crimes puníveis com pena de prisão, além de outros especificados no regulamento, dentre os quais se situam crimes relacionados à prostituição, a armas de fogo e de ar, a lesões ou riscos a crianças, à embriaguez, à ordem pública etc.

casos, consentimento por escrito. Na ausência do consentimento, sem bom motivo, juízes, jurados e tribunais podem retirar dessa circunstância as inferências que julgarem apropriadas.

As amostras não-íntimas, por outro lado, podem ser colhidas contra a vontade da pessoa, desde que satisfeitos dois requisitos: (a) ela esteja em detenção policial em decorrência de sua prisão por *recordable offence*, e (b) não tenha sido colhida uma amostra não-íntima do mesmo tipo e da mesma parte do corpo no curso das investigações, salvo se insuficiente.

A coleta de amostras íntimas e não-íntimas só pode ser autorizada se houver motivo razoável para suspeitar do envolvimento da pessoa em uma *recordable offence* e para acreditar que a medida tenderá a confirmar ou descartar esse envolvimento. Uma amostra não-íntima também pode ser colhida, sem consentimento, mesmo que a pessoa não esteja sob custódia, se for acusada ou condenada por uma *recordable offence*.

Se a pessoa não estiver detida, qualquer agente pode exigir que compareça ao estabelecimento policial para a coleta de amostra ou impressões digitais, quando cabível, podendo prendê-la sem mandado se descumprir essa exigência.

O *Road Traffic Act 1988* determina, na seção 6, que, se um agente policial tiver motivo razoável para suspeitar que uma pessoa que estava dirigindo veículo motorizado, em local público, tem álcool em seu organismo ou cometeu crime de trânsito enquanto o veículo estava em movimento, pode exigir dela que forneça amostra de ar expirado para teste. O mesmo se dá em caso de acidente. Comete crime a pessoa que, sem motivo razoável, recusar-se a fornecer a amostra quando exigido, nesses termos. Nesse caso, o agente policial pode, inclusive, prendê-la sem mandado.

No curso das investigações sobre crime de trânsito relacionado à embriaguez, o agente policial também pode exigir que a pessoa investigada forneça amostra de sangue ou urina para teste em laboratório, mas apenas se houver recomendação médica nesse sentido ou se não houver aparelho para a análise de ar disponível. Também comete crime a pessoa que, sem motivo razoável, não fornecer a amostra requerida nesses termos.

Conforme se verifica dessa exposição, na Inglaterra, a produção de provas que demandam a participação do suspeito ou acusado pode ser determinada por agente policial, independentemente do consentimento, em alguns casos, e, em outros, apenas com o consentimento da pessoa submetida à medida. Nestes, entretanto, a recusa em colaborar pode ser interpretada em desfavor da pessoa,

o que, como visto em relação ao silêncio, para a doutrina inglesa, não fere o *privilege against self-incrimination*. A recusa em se submeter a provas tendentes a verificar a embriaguez relacionada a crimes de trânsito, por outro lado, configura crime.

5.1.4.

Portugal

O Código de Processo Penal português estabelece, no art. 61º, 3, que recai sobre o arguido, dentre outros, o dever de "sujeitar-se a diligências de prova e a medidas de coação e garantia patrimonial especificadas na lei e ordenadas e efectuadas por entidade competente". O art. 172º, 1, por sua vez, prescreve que "se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente".

O art. 172º, 3, dispõe que os exames que possam ofender o pudor das pessoas devem respeitar a dignidade e, na medida do possível, o pudor de quem a eles se submeter. Só podem assistir ao exame a pessoa que a ele proceder e a autoridade judiciária competente, além de pessoa da confiança do acusado, a seu pedido, se não houver perigo na demora.

Tratando da revista no art. 174º, o CPP estabelece que ela pode ser ordenada por despacho da autoridade judiciária competente quando houver indícios de que alguém oculta em sua pessoa quaisquer objetos relacionados com um crime ou que possam servir de meio de prova. Não há necessidade de autorização judicial para revistas realizadas pelo órgão de polícia nos seguintes casos: a) terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa; b) quando os visados consentam, desde que haja documentação do consentimento por qualquer forma; e c) quando de detenção em flagrante por crime a que corresponda pena de prisão. A revista deve respeitar a dignidade pessoal e, na medida do possível, o pudor do visado.

A teor do art. 154º, 2, quando se tratar de perícia sobre as características físicas ou psíquicas de pessoa que não haja prestado consentimento, o juiz deve ponderar a necessidade de sua realização, tendo em conta o direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado. Tais perícias devem ser realizadas

por médico ou outra pessoa legalmente autorizada e não podem criar perigo para a saúde da pessoa, consoante, o art. 156º, 5.

Embora reconhecendo a difusão da interpretação que restringe o *nemo tenetur se detegere* ao direito ao silêncio, na doutrina portuguesa, Silva Dias registra que esta vem, gradativamente, reconhecendo outras manifestações do princípio, como o direito de não entregar certos documentos, tendo em vista que as manifestações orais, escritas e gestuais são todos atos comunicativos e, assim, não há motivo para a diferenciação entre umas e outras no tocante à proteção contra a autoincriminação³⁹⁶.

No Acórdão n° 155/2007, proferido em ação penal instaurada pela prática de dois homicídios, tratando da validade, como prova, de exame de DNA realizado com base em amostra de saliva colhida contra a vontade do arguido, o Tribunal Constitucional português considerou justificada a realização compulsória da medida, porquanto representa ofensa insignificante ao direito à autodeterminação corporal e o art. 172º do CPP atribui à autoridade judiciária o poder de compelir as pessoas a submeterem-se a exames dessa natureza. Embora reconhecendo que a colheita compulsória de saliva colide com os direitos à integridade pessoal, à reserva da vida privada e à autodeterminação informacional, entendeu o TC que a ordem de grandeza do que se restringe não era superior à ordem de grandeza do que se pretende tutelar por meio dessa restrição. Com relação à possível ofensa ao princípio da não autoincriminação, assim se pronunciou o Tribunal³⁹⁷:

[...] o direito a não autoincriminação se refere ao respeito pela vontade do arguido em não prestar declarações, não abrangendo, como igualmente se concluiu na sentença do TEDH supra citada, o *uso, em processo penal, de elementos que se tenham obtido do arguido por meio de poderes coercivos, mas que existam independentemente da vontade do sujeito*, como é o caso, por exemplo e para o que agora nos importa considerar, da colheita de saliva para efeitos de realização de análises de A.D.N. Na verdade, essa colheita não constitui nenhuma declaração, pelo que não viola o direito a não declarar contra si mesmo e a não se confessar culpado. Constitui, ao invés, a base para uma mera perícia de resultado incerto, que, independentemente de não requerer apenas um comportamento passivo, não se pode catalogar como obrigação de autoincriminação. Assim sendo, não se pode sustentar, ao contrário do que pretende o recorrente, que as normas

³⁹⁶ SILVA DIAS, Augusto; RAMOS, Vânia Costa Ramos. O Direito à não auto-inculpação (*nemo tenetur se ipsum accusare*) no processo penal e contra-ordenacional português. Coimbra ed., 2009, p. 21.

³⁹⁷ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n° 155/2007 Portugal. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070155.html>>. Acesso em 15 de Abril de 2017.

questionadas contendam com o privilégio contra a auto-incriminação.

O Tribunal Constitucional português seguiu, como se vê, o entendimento adotado pela Corte Europeia de Direitos Humanos em Saunders.

5.1.5.

Espanha

É pacífico, na jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, que a obrigação de se submeter a determinadas diligências de intervenção corporal ou métodos de caráter científico para a produção de prova não supõem uma verdadeira autoincriminação, porquanto nesses casos não há uma autêntica declaração inculpatória, e sim um tolerar que se pratique uma perícia, não incidindo, então, o direito a não declarar, a não declarar contra si mesmo e à presunção de inocência, previstos nos arts. 17.2 e 24 da Constituição³⁹⁸.

Na STC nº 102/1985, com respeito à prova de alcoolemia, assim se pronunciou o Tribunal: "não se obriga o suspeito a emitir uma declaração que exteriorize seu conteúdo, admitindo sua culpabilidade, senão a tolerar que se faça objeto de uma especial modalidade de perícia, o que exige uma mínima colaboração, em absoluto equiparável à declaração"³⁹⁹ (tradução livre). Essa posição foi reiterada na STC 161/1997 e na STC 234/1997. Naquela, registrou-se, inclusive, que a submissão a testes de alcoolemia não implica autoincriminação, independentemente de demandarem do suspeito uma conduta ativa.

Esse mesmo entendimento passou a ser adotado no tocante às demais provas que dependem da colaboração do acusado, inclusive as que envolvem intervenção corporal, não se entendendo vulnerados em nenhuma delas o *nemo tenetur se detegere*. Acompanhando a visão do Tribunal, assinala Gil Hernandez que a posição relativa aos testes de alcoolemia é "plenamente aplicável a qualquer outra medida de intervenção corporal legalmente adotada, porquanto não se trata

³⁹⁸ ÁNGELES PÉREZ MARÍN, María. Inspecciones, registros e intervenciones corporales: las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal. Valencia: Tirant lo blanch, 2008, p. 91.

³⁹⁹ No original: "no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice su contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de perícia, lo que exige una mínima colaboración, en absoluto equiparable a la declaración.

de um ato de inculpação, senão de um meio de prova que pode ser tanto favorável como desfavorável" ⁴⁰⁰ (tradução livre).

O Tribunal Supremo, na STSN de 3 de novembro de 1997, acerca da prova de identidade de vozes, assim se pronunciou:

(...) ao ser uma contribuição probatória de caráter pessoal que pode afetar o direito de não declarar ou de não se confessar culpado, cabe analisar sua natureza, para determinar se é uma prova de confissão ou tem uma natureza distinta. Tal como sucede com as provas de alcoolemia, cabe considerar que prestar-se a fornecer a voz para que seja gravada e submetida a contraste com outras que constam incorporadas a sistemas magnéticos, para comprovar a autenticidade ou a identidade, não é igual a obrigar o interessado a emitir uma declaração reconhecendo sua culpabilidade, vez que se trata de prestar o consentimento para que se faça a pessoa objeto de 'uma especial modalidade de perícia', exigindo-lhe uma colaboração não equiparável a uma declaração compreendida no âmbito dos direitos proclamados nos arts. 17.3 e 24.2 da CE⁴⁰¹.

Saliente-se que, até novembro de 2003, não havia nenhuma norma específica que regulasse o regime, a forma e os requisitos das intervenções corporais na Espanha. A jurisprudência do Tribunal Constitucional, entretanto, já as admitia, não obstante possam representar ofensa a direitos fundamentais. De forma a suprir a falta de previsão legal, considerava-se imprescindível que a medida fosse determinada por decisão judicial que justificasse, caso a caso, a necessidade de sua realização, como forma de salvaguardar os interesses do imputado.

A *Ley Orgânica* nº 15/2003 inseriu no ordenamento jurídico espanhol disposições expressas acerca da prova de DNA. O art. 363 da *LECrím* foi acrescido de um §2º, de acordo com o qual sempre que houver fundadas razões que o justifiquem, o juiz de instrução poderá determinar, em decisão motivada, a obtenção de amostras biológicas do suspeito que sejam indispensáveis para a determinação de seu perfil de DNA, podendo, para esse fim, decidir a prática de

⁴⁰⁰ No original: "plenamente aplicable a cualquiera otra medida de intervención corporal legalmente adoptada, en cuanto no se trataría de un acto de inculpación, sino de un medio de prueba que puede ser tanto favorable como desfavorable". GIL HERNÁNDEZ, Ángel. **Intervenciones corporales y derechos fundamentales**. Madrid: Colex, 1995, p. 54.

⁴⁰¹ No original: "(...) al ser una aportación probatoria de carácter personal que pudiera afectar al derecho a no declarar o a no confesarse culpado, cabe analizar su naturaleza, para determinar si es una prueba de confesión o tiene una naturaleza distinta. Al igual que sucede con las pruebas de alcoolemia, cabe considerar que prestarse a facilitar la voz para que sean grabadas y sometida a contraste con otras que constan incorporadas a sistemas magnéticos, para comprobar la autenticidad o identidad, no es igual que obligar al interesado a emitir una declaración reconociendo su culpabilidad, ya que se trata de prestar el consentimiento para que se haga a la persona objeto de "una especial modalidad de perícia", exigiéndole una colaboración no equiparable a da declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17.3 y 24.2 CE". GIL HERNÁNDEZ *op. cit.*, p. 54.

atos de inspeção, reconhecimento ou intervenção corporal que resultem adequados aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Questão relevante, no Direito Espanhol, consiste em saber se o réu pode ser submetido a medidas de intervenção corporal independentemente de sua vontade. A lei não tratou expressamente dessa situação, nem no tocante à prova de DNA, o que vem levantando críticas no âmbito doutrinário. Marín aponta que, na Espanha, não é admissível o uso da força física, tendo em vista que não há qualquer regulamentação nesse sentido e, ademais, a Constituição, as normas processuais e os Tratados Internacionais proíbem qualquer tratamento desumano ou degradante e não obrigam o imputado a colaborar com a justiça, estabelecendo, pelo contrário, o seu direito ao silêncio⁴⁰².

Conforme a autora, tanto o Tribunal Constitucional quanto o Tribunal Supremo vêm consolidando o entendimento contrário ao emprego da compulsão física nos casos de intervenções corporais, independentemente da sua finalidade, primando pela dignidade do suspeito ou acusado frente a qualquer outro interesse⁴⁰³. Na STC n° 39/1989, o Tribunal Constitucional decidiu que “as diligências de inspeção ou reconhecimento anal ou vaginal não podem ser realizadas mediante coação física, já que isso suporia uma degradação da pessoa equiparável à proibição prevista no art. 15 da CE⁴⁰⁴ (tradução livre), considerando-se, então, imprescindível o consentimento do acusado. Por outro lado, na STC n° 207/1996, autorizou-se a coleta de cabelos sem o consentimento da pessoa.

A jurisprudência soluciona o problema da recusa injustificada e obstrucionista do imputado em colaborar na produção de provas tomando-a como indício que, se conjugado com outros elementos probatórios colhidos no processo, poderá ser valorado pelo juiz em uma sentença condenatória⁴⁰⁵. A negativa também pode comportar sanção penal, que deve ser previamente fixada por lei, como ocorre no tocante aos exames de alcoolemia, nos termos do art. 383 do Código Penal, que, inclusive, comina à recusa pena superior à do delito de dirigir embriagado, previsto no art. 379. Não há disposição específica semelhante com relação a outras provas.

⁴⁰² ÁNGELES PÉREZ MARIN, *op. cit.*, p. 142-143.

⁴⁰³ *Ibid.*, p. 149.

⁴⁰⁴ No original: “las diligencias de inspección o reconocimiento anal o vaginal no pueden realizarse mediante coacción física ya que ello supodría una degradación de la persona equiparable a la prohibición prevista en el art. 15 CE”. *Ibid.*, p. 149

⁴⁰⁵ ÁNGELES PÉREZ MARIN, *op. cit.*, p. 151.

5.1.6.

Alemanha

No ordenamento jurídico alemão, é admissível o emprego de coação física para a realização de procedimentos tendentes à produção de prova julgada necessária para o esclarecimento da verdade, independentemente da vontade do acusado.

Adota-se uma distinção entre colaboração ativa e passiva, considerando-se que a postura de mera tolerância pode ser exigida. Conforme Queijo, a jurisprudência e a doutrina têm entendido que, nas provas que podem ser produzidas mediante coação física, como as intervenções corporais em geral, a colaboração é meramente passiva e que apenas a compulsão à colaboração ativa ofenderia a dignidade da pessoa⁴⁰⁶. Assim, conforme anota Haddad, segundo a jurisprudência alemã, o acusado não está obrigado a responder perguntas a si dirigidas, a participar da reconstituição dos fatos, a fornecer amostra de sua grafia e, para a constatação da embriaguez, a submeter-se ao exame do bafômetro, a levantar os braços ou a andar em linha reta⁴⁰⁷.

O §81a da *StPO* permite a investigação corporal no acusado para a apuração de fatos relevantes para o processo. Estabelece esse dispositivo que são admissíveis a coleta de sangue e outras ingerências corporais, que devem ser realizadas por médicos, mesmo sem o consentimento do acusado. As medidas de intervenção corporal somente poderão ser autorizadas, entretanto, se não houver motivo para temer pela saúde da pessoa que a elas será submetida. As amostras de sangue e de células extraídas do corpo do acusado somente poderão ser utilizadas no processo penal que motivou a produção da prova ou em outro pendente, devendo ser destruídas logo que não sejam mais necessárias a essa finalidade.

A reforma *Genetischer Fingerabdruck*, de 1997, incorporou a *StPO* os parágrafos 81e e 81f, que tratam das investigações genéticas no processo penal. O §81e permite que as amostras de tecidos corporais, coletadas na forma do §81a, sejam utilizadas para análises genético-moleculares, para constatar se determinado vestígio encontrado no local do crime ou na vítima proveio do acusado. O mesmo vale para o material recolhido na forma do §81c.

⁴⁰⁶ QUEIJO, op. cit., p. 283.

⁴⁰⁷ HADDAD, op. cit., p. 75.

O §81b admite que, para atender as necessidades do processo penal ou do Serviço de Identificação, sejam tiradas fotografias e colhidas as impressões digitais do suspeito, também contra a sua vontade.

A intervenção corporal deve, em princípio, ser ordenada pelo juiz. Não obstante, se houver perigo na demora, pode ser, também, determinada pelo Ministério Público ou seus auxiliares, caso em que cabe ao interessado solicitar a apreciação judicial.

Embora o reconhecimento não seja expressamente regulado no direito alemão, Tribunal Constitucional admite a sua concretização e, inclusive, a imposição de medidas que possam facilitá-lo, como o corte de cabelo ou barba, e o uso de artifícios para forçar uma posição de cabeça ou a manutenção de uma expressão facial. Esse entendimento firma-se na analogia com a submissão compulsória do acusado a outros exames, bem como em que, nesse caso, para os alemães também se exige apenas a tolerância⁴⁰⁸.

5.1.7.

Itália

De forma semelhante ao que se dá na Alemanha, tem predominado, na doutrina e na jurisprudência italianas, o entendimento de que o acusado não tem um direito a não colaborar, sempre que ele for objeto da prova, mas não se exige dele a participação ativa ou comunicativa⁴⁰⁹. Conforme consigna Haddad, na Itália, o princípio contra a autoincriminação opera para excluir a coercibilidade da aquisição de prova sempre que se requeira um fazer do acusado, mas não incide quando dele se exigir uma mera tolerância⁴¹⁰.

Queijo menciona duas sentenças da Corte de Cassação, datadas de 29/03/1979 e 19/12/1987, que firmaram alguns pontos a respeito: 1. O acusado tem o direito de não colaborar sempre que se lhe exigir um *facere*; 2. O direito de não colaborar não persiste quando o acusado for mero objeto de verificação (como ocorre no reconhecimento); 3. No último caso, pode-lhe ser imposta uma posição passiva, para aquisição de elementos probatórios; 4. A sujeição, nessa hipótese,

⁴⁰⁸ QUEIJO. *op. cit.*, pp. 284.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 276.

⁴¹⁰ HADDAD, *op. cit.*, p. 128.

está fundada no art. 429, do CPP, que prevê a condução coercitiva para fins de acareação ou reconhecimento⁴¹¹.

A colaboração passiva do acusado na produção de provas, entretanto, também é questionada em face do direito à liberdade pessoal. Em 1996, a *Corte Costituzionale* apreciou a constitucionalidade do art. 224, 2, do *Codice di Procedura Penale* vigente, segundo o qual o juiz pode adotar todos os provimentos necessários para a execução do exame pericial, em face do art. 13 da Constituição, que estabelece a inviolabilidade da liberdade pessoal, dispondo que são inadmissíveis quaisquer restrições a esse direito, salvo se houver autorização judicial e expressa previsão em lei. Além da ordem de comparecimento às pessoas que deveriam ser submetidas ao exame, a norma CPP recebia a interpretação de que, implicitamente, autorizava o juiz a proceder à coleta de sangue coercitiva. Na Sentença 238/96, a Corte declarou inconstitucional esse dispositivo, no tocante à autorização de medidas restritivas à liberdade pessoal a fim de executar a perícia, porquanto não há determinação dos casos e das formas em que podem ser tomadas.

Conforme destaca Tonini, a Corte "entendeu aplicável a garantia da reserva absoluta de lei, que, nos termos do art. 13, inciso 2, da Constituição, acarreta a exigência de tipificação dos 'casos e modos' nos quais a liberdade pessoal pode ser legitimamente restringida pelo juiz"⁴¹². É de notar que a mesma decisão ressaltou, entretanto, que a coleta sanguínea não compromete a integridade física ou psíquica, ou mesmo a dignidade do acusado. Firmou-se apenas que a sua utilização no processo penal deve ser objeto de disciplina legal específica.

Nesse contexto, a Corte de Cassação entendeu, inicialmente, que a recusa da pessoa em se submeter à medida não pode ser valorada pelo juiz, porquanto manifestação de um direito pessoal de nível constitucional. Posteriormente, no entanto, para atenuar os efeitos da grave lacuna legislativa, essa Corte considerou que a recusa injustificada do imputado a se submeter à coleta de material biológico necessário para o exame de DNA pode ser legitimamente valorada na formação do convencimento judicial.

Algumas provas que demandam a colaboração do acusado são, atualmente, tratadas no CPP italiano.

Conforme o art. 349, a polícia judiciária deve proceder à identificação da pessoa contra quem foi instaurado inquérito. Para tanto, pode proceder, se

⁴¹¹ QUEIJO, op. cit., p. 315.

⁴¹² TONINI, op. cit., p. 187.

necessário, à tomada de impressões digitais, à fotografia, a verificação de dados antropométricos e a outras avaliações. Se essa identificação comportar a coleta de cabelo ou saliva, não havendo o consentimento do investigado, a medida pode ser realizada coativamente, mediante autorização do Ministério Público. Ademais, se a pessoa se recusar a se identificar, prestar informações de caráter geral ou fornecer documentos sobre os quais recaiam suspeitas de falsidade, a polícia pode prendê-la pelo tempo necessário para a identificação, não devendo exceder doze horas, ou vinte e quatro horas, em casos mais complexos.

O CPP também prevê, no art. 245, como meio de pesquisa da prova, a inspeção pessoal. Antes do início da diligência, o interessado deve ser advertido da faculdade de fazer-se acompanhar de pessoa de sua confiança, desde que prontamente disponível. A inspeção deve ser realizada com respeito à dignidade e, no limite do possível, ao pudor daqueles que estão sujeitos à medida. Tais regras também se aplicam à busca pessoal, outro meio de pesquisa da prova, disciplinado no art. 249 do CPP. O juiz ou o Ministério Público pode determinar a intervenção da polícia judiciária e, se necessário, da força pública para a realização da inspeção.

O *Codice della Strada*, no art. 186, veda a condução em estado de embriaguez derivado do consumo de bebida alcoólica, punindo essa conduta, caso não configure infração mais grave, com penas de multa, associada à sanção administrativa de suspensão da licença para dirigir, que crescem quanto maior a concentração de álcool por litro de sangue. O art. 187 tipifica a conduta de dirigir em estado de alteração psicofísica, depois de haver consumido substância entorpecente. A fim de adquirir elementos úteis para o acerto do estado de embriaguez, a polícia pode, com respeito à intimidade pessoal e sem prejuízo à integridade física, submeter o condutor a prova não invasiva ou exame, inclusive por meio de aparelhos portáteis. A recusa em se submeter a acerto do teor alcoólico ou do consumo de substância entorpecente não comporta execução coercitiva, mas, conforme o item 7 do art. 186 e o item 8 do art. 187, nesse caso, o condutor é punido com a multa mais elevada dentre as aplicadas de acordo com o teor alcoólico verificado. Admite-se, também, a condução coercitiva do suspeito até o local da coleta do material. A *Corte Costituzionale* declarou a constitucionalidade desses dispositivos na Sentença nº 146/96.

5.2.

O direito de não produzir provas contra si mesmo na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Diferentemente dos demais ordenamentos jurídicos enfocados, no Brasil, vem-se consolidando uma interpretação ampliativa do princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo a qual o suspeito ou acusado não pode ser obrigado a se autoincriminar, não apenas por meio de suas declarações orais ou demais manifestações comunicativas, mas também por meio de outras formas de colaboração para a produção de provas. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, embora ainda escassa na matéria, contribui sobremaneira para a construção desse direito amplo de não produzir provas contra si mesmo, que em muito ultrapassa o *privilege against self-incrimination* e o *right to silence* do direito anglo-americano.

O primeiro momento em que o princípio recebeu do nosso Pretório Excelso essa interpretação ampliativa foi no julgamento do HC 69.026/DF⁴¹³, em 1991. O paciente fora denunciado por dois crimes de homicídio qualificado tentado, porquanto, supostamente, tentara matar sua esposa com emprego de arma de fogo, cujos disparos atingiram também a filha do casal. No curso da instrução criminal, o juiz deferiu, a pedido do Ministério Público, a diligência de reconstituição do crime. O advogado do réu, embora constituído nos autos, não foi intimado para o ato e tampouco foi nomeado defensor *ad hoc*. O acusado compareceu, mas não participou da reconstituição, recusando-se a fornecer sua versão dos fatos. A defesa interpôs recurso em sentido estrito da sentença de pronúncia, alegando, dentre outras teses, a nulidade da reconstituição por ausência de participação do advogado, que, entretanto, foi rechaçada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

O Ministro Celso de Mello, relator do *habeas corpus*, votou pelo indeferimento da ordem, entendendo que a ausência do advogado na diligência não causou nenhum gravame aos interesses do réu e, portanto, não houve qualquer constrangimento ilegal. Em seu voto, o Ministro consignou que a doutrina, atenta ao privilégio contra a autoincriminação, ressalta a circunstância de que a participação do réu em reconstituição do crime é voluntária. Registre-se, entretanto, que os trechos das obras citadas, de autoria de Bento de Faria e Ary

⁴¹³ STF - HC 69.026/DF, 1ª T., Rel. Min. Celso de Mello, DJ 04/09/1992.

Azevedo Franco, ambas publicadas em 1960, consideram que o ato é voluntário porquanto obrigar o réu a participar implicaria violência contra a sua pessoa, sem qualquer referência ao princípio *nemo tenetur se detegere*. Os demais Ministros não se manifestaram a respeito.

Constou da ementa do acórdão, então, o seguinte trecho do voto do relator: "O magistério doutrinário, atento ao princípio que concede a qualquer indiciado ou réu o privilégio contra a autoincriminação ressalta a circunstância de que é essencialmente voluntária a participação do imputado no ato - provido de indiscutível eficácia probatória".

Outra decisão de relevo para a questão foi proferida pela Primeira Turma do Supremo no HC 77.135/SP⁴¹⁴, em 1998. O paciente fora denunciado por crime de desobediência, tendo em vista que, no curso de investigações por crime de falsificação de documento, recusou-se a fornecer padrões gráficos do próprio punho para a realização de perícia grafotécnica. A inicial acusatória não foi recebida na primeira instância, sob o argumento de que não se pode exigir de alguém a cooperação para a própria incriminação, mas foi recebida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que considerou que a ordem emanada da autoridade policial para que o suspeito fornecesse o material necessário, amparada no art. 174, do CPP, é legal e, portanto, a recusa caracteriza desobediência.

A Procuradoria-Geral de República opinou pela concessão da ordem, sob dois fundamentos: 1) o art. 174 do CPP prevê apenas o ato da autoridade policial, mas não determina o seu cumprimento, que não se torna obrigatório apenas porque a ordem é legal; e 2) há uma "consciência, hoje universal, de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si próprio". Críticável em ambos os argumentos o parecer do *Parquet*, tendo em vista que seria ilógico a lei conferir poderes ao funcionário público para dar uma ordem cuja obediência fosse facultativa e, ademais, como ressalta evidente do estudo do Direito Comparado, não há essa consciência universal a que fez referência.

O Ministro Ilmar Galvão, relator do *writ*, consigno em seu voto, seguido à unanimidade pelos demais Ministros, que:

(...) diante do princípio *nemo tenetur se detegere*, que informa nosso direito de punir, é fora de dúvida que o dispositivo do inciso IV (do art. 174 do Código Penal) há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo, a seu alvedrio. É que a comparação gráfica configura ato de caráter essencialmente probatório, não se podendo, em face do

⁴¹⁴ STF - HC 77.135/SP, 1ª T., Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 06/11/1998.

privilégio que desfruta o indiciado contra a autoincriminação, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa.

O HC 83.096/SP⁴¹⁵, julgado pela Segunda Turma do Supremo, versou sobre a recusa do acusado em fornecer padrões vocálicos para a realização de perícia de confronto de voz nos autos de uma ação penal instaurada pela prática do crime de associação para tráfico de drogas. A diligência, inicialmente, fora determinada pelo juiz de primeiro grau a pedido da própria defesa, que, entretanto, requereu a desistência em momento posterior, no que não foi atendida. O indeferimento do pedido foi mantido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, sob o argumento de que o juiz pode determinar a produção de provas independentemente de requerimento das partes. No *habeas corpus* impetrado perante o STF, a defesa alegou que exigir do acusado que fornecesse padrões vocálicos feria o direito ao silêncio, inserto no art. 5º, inciso LXIII, da CF, bem como a garantia da não autoincriminação, assegurada pelo mesmo dispositivo e pela CADH.

Perante o Supremo, o caso não ensejou maior discussão, porquanto, conforme o voto da Ministra Ellen Gracie, em momento algum fora negado ao paciente o direito de se recusar a fornecer padrões vocais; pelo contrário, o direito fora expressamente afirmado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo e pelo Superior Tribunal de Justiça, embora isso não desobrigasse o acusado de comparecer em juízo quando intimado para consentir ou não com a realização do exame. Assim restou consignado na emenda do julgado:

HABEAS CORPUS. DENÚNCIA. ART. 14 DA LEI Nº 6.368/76. REQUERIMENTO, PELA DEFESA, DE PERÍCIA DE CONFRONTO DE VOZ EM GRAVAÇÃO DE ESCUTA TELEFÔNICA. DEFERIMENTO PELO JUIZ. FATO SUPERVENIENTE. PEDIDO DE DESISTÊNCIA PELA PRODUÇÃO DA PROVA INDEFERIDO. 1. **O privilégio contra a autoincriminação, garantia constitucional, permite ao paciente o exercício do direito de silêncio, não estando, por essa razão, obrigado a fornecer os padrões vocais necessários a subsidiar prova pericial que entende lhe ser desfavorável.** 2. Ordem deferida, em parte, apenas para, confirmando a medida liminar, assegurar ao paciente o exercício do direito de silêncio, do qual deverá ser formalmente advertido e documentado pela autoridade designada para a realização da perícia. (grifei).

⁴¹⁵ STF – HC 83.096/RJ, 2ª T., Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 12/12/2003.

Por fim, há que se fazer referência ao acórdão proferido no HC 93.916/PA⁴¹⁶. Foi ajuizada ação penal para a persecução dos crimes de homicídio e lesões corporais na direção de veículo automotor e embriaguez ao volante, em caso em que o denunciado se recusara essa se submeter a testes de alcoolemia. O Ministério Público consignou, na denúncia, que a recusa, juntamente com os depoimentos das testemunhas, gera a prova do estado de embriaguez por presunção, porquanto não haveria razão para o acusado se negar a fazer o exame de dosagem alcoólica, a não ser o fato de estar com a concentração de álcool em seu sangue acima do permitido. Sobre a questão, assim se pronunciou o STF:

SUSPEITO OU ACUSADO DE PRATICAR CRIME QUE NÃO SE SUBMETE A EXAME DE DOSAGEM ALCOÓLICA. DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO: NEMO TENETUR SE DETEGERE. INDICAÇÃO DE OUTROS ELEMENTOS JURIDICAMENTE VÁLIDOS, NO SENTIDO DE QUE O PACIENTE ESTARIA EMBRIAGADO: POSSIBILIDADE. LESÕES CORPORAIS E HOMICÍDIO CULPOSO NO TRÂNSITO. DESCRIÇÃO DE FATOS QUE, EM TESE, CONFIGURAM CRIME. INVIABILIDADE DO TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. **1. Não se pode presumir que a embriaguez de quem não se submete a exame de dosagem alcoólica: a Constituição da República impede que se extraia qualquer conclusão desfavorável àquele que, suspeito ou acusado de praticar alguma infração penal, exerce o direito de não produzir prova contra si mesmo:** Precedentes. 2. Descrevendo a denúncia que o acusado estava "na condução de veículo automotor, dirigindo em alta velocidade" e "veio a colidir na traseira do veículo" das vítimas, sendo que quatro pessoas ficaram feridas e outra "faleceu em decorrência do acidente automobilístico", e havendo, ainda, a indicação da data, do horário e do local dos fatos, há, indubitavelmente, a descrição de fatos que configuram, em tese, crimes. 3. Ordem denegada. (grifei).

A análise desses julgados, que contribuíram para a construção de um conceito amplo do direito à não autoincriminação, revela que o nosso Supremo Tribunal Federal, não cuidou de fundamentar a magnitude que lhe confere, parecendo aceitá-la, ao revés, como premissa indiscutível invocada para embasar suas decisões, não obstante não haja qualquer referência expressa, quer no texto constitucional, quer na legislação inferior, a um direito de não produzir provas contra si mesmo. Tendo em vista este, com a amplitude em que vem sendo compreendido, coloca-se em franca oposição a outros valores tutelados pela Lei Maior, que se realizam através da persecução penal, verifica-se que a nossa Suprema Corte, lamentavelmente, não vem dando à questão a importância que merece.

⁴¹⁶ STF – HC 93.916/PA, 1ª T., Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 27/06/2008.

5.3.

Fundamentos do direito de não produzir provas contra si mesmo na ordem constitucional brasileira

A nossa doutrina majoritária e a jurisprudência de nossos tribunais inferiores, à semelhança do Supremo Tribunal Federal, também aceita uma concepção ampla do princípio *nemo tenetur se detegere*, estendendo-o para a generalidade das provas cuja produção demanda a participação do acusado. Também em sede doutrinária, há que se consignar, são raros os esforços envidados para fornecer uma fundamentação racional para esse entendimento de tão relevantes consequências. Muito da posição predominante entre nossos juristas parece derivar de um consenso intuitivo de que é cruel ou desumano obrigar alguém a servir de objeto da própria incriminação, desconsiderando seu instinto de autopreservação⁴¹⁷. É possível também que essa irrestrita aceitação de um amplo direito a não autoincriminação resulte de uma desconfiança generalizada - e não infundada - dos órgãos policiais, mormente tendo em vista o recente passado ditatorial de nosso País, em que não raro se recorria ao emprego da tortura para obter a confissão ou a delação de suspeitos.

Há um setor reduzido da doutrina pátria que, com base na estreita literalidade das disposições constitucionais e convencionais que albergam esse princípio, insurge-se contra as interpretações que o ampliam para além do direito ao silêncio.

Para Eugênio Pacelli de Oliveira, o princípio *nemo tenetur se detegere* oferece dupla proteção: no plano material, com a tutela da integridade física e psíquica e, no plano processual, no atinente ao controle da idoneidade da prova e da preservação da construção da certeza judicial em bases racionalmente demonstráveis. Considerando que o direito ao silêncio não está estruturado para outras finalidades, o autor converge "para o tratamento da questão pelo direito norte-americano, que confere ao direito à não autoincriminação um caráter

⁴¹⁷ A doutrina e a jurisprudência norte-americanas fornecem como justificativa do *privilege against self-incrimination*, dentre outras, a crueldade em que consiste forçar o réu a encarar o seguinte "trilema": ser punido por se recusar a cooperar, fornecer às autoridades informações incriminadoras, ou mentir e arriscar-se a ser punido por perjúrio. As objeções a esse raciocínio são, entretanto, tão difundidas quanto a sua invocação. Embora seja severa, dificilmente a atitude do Estado de colocar o acusado em face desse "trilema" pode ser considerada cruel, de modo que a rejeição a essa severidade em matéria tão relevante quanto a persecução penal é frequentemente ridicularizada. Tendo em vista que apenas o culpado se coloca realmente diante desse "trilema", as razões para a objeção a essa severidade parecem ainda mais débeis.

exclusivamente *testemunha*"⁴¹⁸. Assim, as provas que atingem direitos fundamentais, como a intimidade, a privacidade, a integridade física e psíquica, devem ter sua constitucionalidade avaliada em face destes, e não do direito à não autoincriminação. Nesse diapasão, o autor rejeita a reconstituição do crime, na qual o acusado é submetido, publicamente, à condição de culpado. Já no exame grafotécnico, a seu ver, nenhum direito fundamental é atingido⁴¹⁹.

Sério Moro, de forma semelhante, ressalta que o direito de não produzir provas contra si mesmo não encontra previsão normativa expressa no Direito brasileiro e consigna que o "art. 260 do CPP sugere que o investigado ou acusado pode ser compelido a participar de diligência probatória que exige a sua participação"⁴²⁰. Nesse sentido, assevera que:

Não se vislumbram com facilidade argumentos pragmáticos que justifiquem a ampliação do direito ao silêncio para resguardar comunicações não- verbais. Compelir, mediante procedimento legal, o acusado a colaborar com o processo em casos específicos, não afeta, salvo no caso das confissões, a credibilidade da prova. Certamente, em nenhum caso se legitima a utilização de tortura ou meios de coação repudiados pelo Direito. Tampouco se vislumbram com facilidade argumentos de índole moral a sustentar um pretense direito genérico a não ser compelido a produzir prova contra si mesmo.

José Barcelos de Souza também sustenta que o princípio em apreço não pode ter o alcance que se pretende lhe dar. A seu ver, "prejudicar a obtenção de provas, porém, sem ferir direitos fundamentais, só servirá para favorecer a impunidade"⁴²¹.

Na mesma linha, Albuquerque sustenta que o princípio da não autoincriminação - entendido como garantia, porquanto não representa, em si mesmo, um bem jurídico a ser protegido - existe apenas para a proteção de direitos fundamentais, postando-se ao lado de outras garantias processuais, como o contraditório, a ampla defesa e a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos⁴²². Considera o mencionado autor que a garantia de não autoincriminação, na interpretação que vem recebendo da doutrina majoritária, além de coroar a impunidade, fere o princípio do contraditório, no ponto em que, a fim de assegurar

⁴¹⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais*. 1. ed. Belo Horizonte: DelRey, 2004, p. 210.

⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 212-213.

⁴²⁰ MORO, Sérgio Fernando. Colheita compulsória de material biológico para exame em casos criminais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 853, p. 429-236, nov., 2006, p. 432.

⁴²¹ SOUZA, José Barcelos de. "Bafômetro", intervenções corporais e direitos fundamentais. In: SOUZA, José Barcelos de. **Recursos, artigos e outros escritos: doutrina e prática civil e criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p. 145.

⁴²² ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 38.

às partes a possibilidade de dizer e contradizer, em simétrica paridade de armas, contempla-as com ampla liberdade probatória⁴²³. Em consonância com a sua visão acerca da função do *nemo tenetur se detegere*, entende o doutrinador que também se aplica à acareação e à reconstituição do crime, mas, com relação a outros meios de prova que dependam de alguma contribuição do acusado, "a garantia de não auto-incriminação não poderá ser invocada, porque não cumpre, nesses casos, as finalidades para as quais foi instituída"⁴²⁴.

Ante a parca fundamentação doutrinária e jurisprudencial da acepção ampla do direito de não se autoincriminar, impende colacionar a ponderação de Sérgio Moro:

[...] a sua invocação acrítica pela doutrina e jurisprudência brasileira só pode ser atribuída à prática não rara de tratar princípios como *slogans*. Certamente, princípios jurídicos, como o direito ao silêncio, constituem normas de eficácia potenciada, devendo ser maximizados. Não obstante, tal prática deve ser efetuada com cautela e com base em robustos argumentos jurídicos, históricos ou morais, não sendo suficiente, por evidente, a repetição de "palavras mágicas"⁴²⁵.

Não obstante a procedência da crítica, a nosso juízo, a ampla acepção do direito a não autoincriminação não deve ser completamente rechaçada em decorrência da debilidade da fundamentação que encontra na doutrina e na jurisprudência pátrias.

Embora a nossa Constituição nada diga a respeito da recusa do acusado em colaborar na produção da generalidade das provas que demandam a sua participação, é certo que acolheu um conceito aberto de direitos fundamentais. Seguindo a tradição do nosso direito constitucional republicano, inaugurada com a Constituição de 1891, dispõe o §2º do art. 5º de nossa vigente Lei Fundamental que "o direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte", sugerindo que o rol estabelecido no art. 5º, embora analítico, não é taxativo, ou seja, que os direitos fundamentais não se exaurem nas posições jurídicas reconhecidas pelo constituinte originário, mas estão em processo de permanente extensão. Trata-se de uma cláusula de abertura constitucional a novos direitos que, por seu conteúdo,

⁴²³ *Ibid.*, pp. 47-48.

⁴²⁴ *Ibid.*, p. 91.

⁴²⁵ MORO, *op. cit.*, p. 438.

sua substância, pertencem ao corpo da Constituição, mesmo que não constem do catálogo⁴²⁶.

Assim, valendo-nos da classificação de Ingo Sarlet, podemos dizer que há direitos fundamentais escritos ou expressamente positivados - dentre os quais se situam os constantes do catálogo de direitos fundamentais ou de outras partes do texto constitucional e os sediados em tratados internacionais - e direitos fundamentais não-escritos ou não expressamente positivados - como tais considerados os direitos implícitos e decorrentes, ou seja, direitos subentendidos nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais e direitos decorrentes do regime e dos princípios⁴²⁷.

Assim, há espaço, em nossa ordem constitucional, para o acolhimento de um amplo direito de não se autoincriminar, como decorrência do sistema de direitos e garantias fundamentais positivados e demais princípios tutelados por nossa Lei Maior.

A base comumente invocada para o direito de não produzir provas contra si mesmo é a previsão do direito de permanecer calado, nos termos do art. 5º, LXIII da Constituição Federal, e dos direitos de não depor contra si mesmo, ou não confessar-se culpado, consignados no art. 14, §3º, "g", do PIDCP, e do art. 8º, §2º, "g", da CADH, incorporados ao ordenamento interno. Conforme assevera Walter Nunes:

De toda sorte, a expressão literal do dispositivo constitucional em apreciação diz muito menos do que corresponde o seu efetivo alcance exegético. [...] O que o constituinte diz, quando ele assegura o direito de permanecer calado, é que a pessoa não pode ser obrigada a se incriminar, ou, em outras palavras, que ela não pode ser obrigada a produzir prova contra si⁴²⁸.

A análise da teleologia do princípio *nemo tenetur de detegere* permite concluir que a sua incidência não se restringe, necessariamente, apenas às manifestações orais. O princípio destina-se a garantir o respeito à liberdade de autodeterminação do acusado, evitando que ele seja compelido a colaborar para a própria incriminação ao vedar a utilização de meios coercitivos que visem a extrair dele uma confissão de culpa. O acusado, entretanto, pode servir como objeto para a própria condenação não apenas através da confissão, mas também em decorrência de sua participação na produção de outros meios de prova, e.g.,

⁴²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 95.

⁴²⁷ *Ibid.*, p. 102.

⁴²⁸ SILVA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 731.

fornecendo documentos, amostras de grafia ou de tecidos corporais para a realização de exame pericial. Tais provas, aliás, por seu caráter científico, não raro revelam-se muito mais contundentes do que uma admissão de culpa, que não tem mais o valor que outrora se lhe atribuía.

Se as disposições constitucionais e convencionais objetivam a proibição da autoincriminação compulsória e se esta pode ocorrer de diversas formas, pode-se concluir que o princípio em apreço abrange também outros atos do acusado que possam influir na formação do convencimento judicial em seu desfavor, vedando que ele seja coagido a colaborar com a persecução penal. A finalidade do princípio *nemo tenetur se detegere* admite, então, a ampliação de seu âmbito de proteção, por meio de uma interpretação extensiva ou conforme ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais. Nessa ordem de ideias, assim se manifesta Couceiro:

Os verbos "testemunhar" e "depor", utilizados para as pessoas que prestam depoimento, e "confessar" e "declarar", utilizados para os indiciados ou acusados, devem ser compreendidos além da mera declaração oral ou escrita emitida perante a autoridade pública. Tais fórmulas foram criadas em um momento histórico em que a ciência ainda não tinha desenvolvido técnicas que poderiam levar à incriminação da pessoa por outros meios que não as declarações ofertadas no tribunal [...]

O direito protegido constitucionalmente não é unicamente um direito ao silêncio, mas sim um direito a não ser obrigado a fazer prova contra si mesmo. Há, assim, um direito a não-colaborar. Com os avanços da ciência, não é apenas pelas suas declarações (tomado o termo em seu sentido estrito), que uma pessoa pode se incriminar. Atualmente, todo o corpo "fala"⁴²⁹.

Assim, de acordo com doutrina majoritária, onde a norma menciona o direito de não ser obrigado a confessar ou o direito de permanecer em silêncio, deve-se ler o direito de não colaborar para a própria condenação, participando de provas contrárias aos próprios interesses. Embora outras formas de colaboração do acusado não suponham uma emissão de declaração no sentido tradicional do termo, apresentam o mesmo resultado desta, é dizer, caso a prova seja produzida ou caso o acusado declare o que ela visa a comprovar, obtém-se a informação visada.

É certo, por outro lado, que essa conclusão é carregada de subjetividade, porquanto se trata de interpretação que extrapola significativamente os limites da literalidade das normas constitucionais e convencionais. Relembre-se que a

⁴²⁹ COUCEIRO, *op. cit.*, p. 143-148.

Suprema Corte dos EUA, em *Holt vs. U.S.*, considerou a interpretação do *privilege against self-incrimination* como regra que veda toda forma de autoincriminação "uma extensão extravagante da Quinta Emenda"⁴³⁰ (tradução livre). Não obstante se harmonize com a teleologia das normas, é inegável que inferir do direito de "permanecer calado" ou de não ser obrigado a "declarar contra si mesmo" o direito de não colaborar com a produção de provas, de muito maiores proporções, exige considerável boa vontade do intérprete.

Essa ampla concepção do *nemo tenetur se detegere* coaduna-se, entretanto, com outros princípios constitucionalmente acolhidos.

A Constituição Federal de 1988 consagrou entre nós um processo penal estruturado sobre os princípios do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência, do devido processo legal, da publicidade e da motivação das decisões judiciais. Nesse contexto, não vige o princípio da autoridade, segundo o qual o Estado deve gozar de poderes irrestritos na produção de provas a fim de alcançar uma suposta verdade real. O Estado, pelo contrário, autolimita suas possibilidades no exercício de seu poder-dever de punir.

Na seara criminal, o devido processo legal configura uma garantia do cidadão em face do poder punitivo estatal, que, para ser exercido legitimamente, deve pautar-se no respeito aos valores assegurados na Lei Maior, mormente os direitos e garantias fundamentais. Conforme leciona Walter Nunes, o processo penal, em observância a esse princípio, "antes de ser instrumento hábil para a repressão, é a garantia ao acusado de uma trincheira legítima para resistir à pretensão punitiva"⁴³¹. Assim compreendido, o devido processo legal sintetiza todo o feixe de princípios e regras que balizam a atuação da pretensão acusatória Estatal, de modo a conferir legitimidade à função jurisdicional. Inserem-se em seu âmbito, conforme indica a doutrina, os princípios do juiz natural, do contraditório, da ampla defesa, da publicidade, a paridade de armas, o dever de motivação das decisões judiciais, a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos e, especificamente no processo penal, a presunção de inocência, a desnecessidade de identificação dactiloscópica de pessoas já identificadas civilmente, a reserva de jurisdição na decretação da prisão, dentre outras.

O devido processo legal, conforme leciona Nucci, faz valer os direitos e garantias fundamentais, de modo que "se esses forem assegurados, a persecução penal se faz sem qualquer tipo de violência ou constrangimento ilegal,

⁴³⁰ No original: "an extravagant extension of the Fifth Amendment".

⁴³¹ SILVA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 417.

representando o necessário papel dos agentes estatais na descoberta, apuração e punição do criminoso"⁴³².

O princípio da não autoincriminação pode, dessa forma, ser visto como uma das garantias inerentes ao devido processo legal. Nesse sentido, Queijo assevera que, "no aludido quadro das garantias que compõem o devido processo legal, insere-se também o *nemo tenetur se detegere* como um dos princípios que assegura a legitimação da jurisdição, dentro de uma visão ética do processo penal"⁴³³. Com efeito, não se concebe um processo penal justo em que não haja o respeito à integridade física e moral do acusado, o que justifica não apenas a proibição de meios coercitivos para a obtenção da confissão, mas também, como regra, para a produção de outras provas em desrespeito a sua vontade.

A nossa Lei Fundamental também garante, explicitamente, no inciso LV, do art. 5º, a ampla defesa, que confere ao acusado não apenas o direito de tomar conhecimento dos atos processuais, mas também de participar efetivamente do processo, contraditando a imputação e produzindo as provas necessárias para convencer o juiz da veracidade de suas alegações, ou da fragilidade das provas da acusação.

Considerado o acusado parte hipossuficiente perante o Estado, que age através de órgãos constituídos e preparados, a ampla possibilidade de defesa se lhe afigura uma compensação devida pela força estatal. Assegurando à defesa as mesmas capacidades e poderes da acusação para influir na construção da certeza judicial, essa garantia contribui para a igualdade das partes, necessária para que a disputa travada no processo penal se desenvolva com lealdade. O acusado é, então, visto como um sujeito processual que goza de um extenso leque de possibilidades na defesa de seus interesses, e não como mero objeto do processo, no qual se devam buscar as provas da imputação.

Se ao acusado se abrem amplas possibilidades de se posicionar no processo da forma mais favorável a seus interesses, pode, também, recusar-se a se submeter a medidas que visem à produção de provas que possam prejudicar a sua defesa em juízo, como manifestação de sua autodefesa.

Assim, parte da doutrina classifica a autodefesa em positiva e negativa. A primeira consiste na utilização dos meios de confrontação de elementos de prova relacionados à autoria e à materialidade da infração, ou seja, na atuação do acusado visando a influir no convencimento judicial; a segunda consubstancia-se

⁴³² NUCCI, 2007, p. 90.

⁴³³ QUEIJO, op. cit., p. 72.

na abstenção da produção de provas que se revelem potencialmente danosas a seus interesses. Na lição de Lopes Jr.:

Classificamos a autodefesa, a partir de seu caráter exterior, como uma atividade positiva ou negativa. O interrogatório é o momento em que o sujeito passivo tem a oportunidade de atuar de forma efetiva - comissão -, expressando os motivos e as justificativas ou negativas de autoria ou de materialidade do fato que se lhe imputa. Ao lado deste atuar que supõe o interrogatório, também é possível uma completa omissão, um atuar negativo, através do qual o imputado nega-se a declarar. Não só pode negar-se a declarar, como também pode negar-se a dar a mais mínima contribuição para a atividade probatória realizada pelos órgãos estatais de investigação, como ocorre nas intervenções corporais, reconstituição do fato, fornecer material escrito para a realização de exame grafotécnico etc.⁴³⁴.

Acrescenta o autor que, quando o acusado aceita se submeter a algum ato destinado à produção de prova da acusação, tal atitude não deve ser entendida como autodefesa positiva, mas como renúncia à autodefesa negativa, visto que, assim agindo, deixa de exercer o seu direito de não colaborar com a investigação estatal⁴³⁵.

Contestando o argumento, Albuquerque consigna que a ampla defesa não pode ser entendida como uma prerrogativa do acusado de se valer de todos os subterfúgios disponíveis para escapar da ação da Justiça, com o que, a seu ver, "se estaria não só admitindo direitos de duvidosa legitimidade como à mentira no interrogatório e à fuga, como abrindo perigoso precedente para justificar práticas contrárias ao princípio da lealdade processual e evadas de má-fé"⁴³⁶. Com a devida vênia, não se está, aqui, a sustentar que a ampla defesa alberga tais condutas. Entre ver na ampla defesa uma permissão para que o acusado adote uma postura de não colaboração com a persecução, que não pode ultrapassar a sua esfera pessoal, e reconhecer-lhe um direito à mentira, à fuga ou a qualquer ato que atente contra a boa-fé processual, vai uma grande distância.

A nossa Constituição Federal acolhe, também, o princípio da presunção de inocência, no inciso LVII, do art. 5º, segundo o qual "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória". Trata-se de princípio que se harmoniza com a ideologia garantista que reconhece como fins do processo penal não apenas a punição do culpado, mas também a proteção do inocente.

⁴³⁴ LOPES JÚNIOR., Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 337.

⁴³⁵ *Ibid.*, p. 342.

⁴³⁶ ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 52.

O princípio da presunção de inocência acarreta a exigência da observância de duas regras básicas na persecução penal: uma regra de tratamento, segundo a qual não deve o acusado ser tratado como culpado até o trânsito em julgado da condenação; e uma regra de julgamento, que impõe a absolvição em caso de dúvida.

O ônus da prova, como é cediço, possui dupla função: de um lado, estimula a atividade probatória das partes (ônus subjetivo ou formal) e, de outro, representa uma regra de julgamento para o juiz diante da incerteza, indicando-lhe qual das partes deverá sofrer as consequências negativas da ausência de prova sobre fato relevante (ônus objetivo ou material). Diante da presunção de inocência, a regra de decisão sobre o fato incerto, no processo penal, somente pode ser uma: *in dubio pro reo*. Assim, o ônus da prova incumbe à acusação.

A presunção de inocência é, então, valor fundamental do sistema de provas. Se o Ministério Público, no exercício da ação penal, afirma que uma pessoa é culpada e pede a sua condenação, assume o ônus de provar que o acusado cometeu o delito que lhe é imputado. Este, por força da norma constitucional, não precisa comprovar a sua inocência. Conforme assevera Carvalho, "se a Constituição presume uma das partes inocente, é intuitivo que tenha atribuído todo o encargo probatório à outra. Não teria sentido que a parte constitucionalmente declarada presumidamente inocente tivesse que demonstrar o que a Constituição proclama com todas as letras"⁴³⁷.

Colacionamos, a propósito, a arguta lição de Ferrajoli acerca das repercussões da presunção de inocência no âmbito probatório, que o levam a considerar como primeira garantia procedimental de juízo a máxima *nulla accusatio sine probatione*:

No conflito, ademais, o primeiro movimento compete à acusação. Sendo a inocência assistida pelo postulado de sua presunção até prova em contrário, é essa prova contrária que deve ser fornecida por quem a nega formulando a acusação. Daí o corolário do ônus acusatório da prova expresso pelo axioma A9 *nulla accusatio sine probatione*. Por outro lado, a rígida separação dos papéis entre os atores do processo, que [...] forma a primeira característica do sistema acusatório, impede que tal ônus possa ser assumido por sujeitos que não da acusação: não pelo imputado, a quem compete o contraposto direito de contestação, e de modo algum ao juiz, que tem ao invés a função de julgar livremente a credibilidade das verificações e das falsificações exibidas⁴³⁸.

⁴³⁷ CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 171.

⁴³⁸ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 562.

Assim, não se pode exigir do acusado que colabore com a produção de provas que interessem à parte adversa. Também Aury Lopes Jr. perfilha esse entendimento, asseverando que, por força da presunção de inocência, "o sujeito passivo não pode ser compelido a auxiliar a acusação a liberar-se de uma carga que não lhe incumbe"⁴³⁹.

Esse raciocínio em nada difere do desenvolvido em outros ordenamentos para fundamentar o direito à não autoincriminação, embora restrito ao direito de não declarar contra si mesmo ou confessar-se culpado. A Corte Europeia de Direitos Humanos, em passagem já referida do julgamento do caso *Saunders v. United Kingdom* assim consignou: "Em particular, o direito de não contribuir para a própria incriminação pressupõe que, em um processo penal, a acusação busque fundamentar a sua argumentação sem recorrer a elementos de prova obtidos por constrangimentos ou pressões, em desprezo à vontade do acusado. Nesse sentido, o direito é intimamente ligado ao princípio da presunção de inocência consagrado no art. 6 par. 2 da Convenção".

De forma semelhante, na STC 161/1997, o Tribunal Constitucional espanhol também firmou, com relação aos direitos de não declarar e não confessar, que:

(...) também dizem respeito a uma das manifestações do direito à presunção de inocência: a que situa na acusação a carga da prova; esta carga não pode ser trocada faticamente, fazendo recair no imputado a obrigação de aportar elementos de prova que suponham uma autoincriminação⁴⁴⁰ (tradução livre).

Se, então, em decorrência da presunção de inocência, à acusação incumbe o ônus de provar a imputação, de modo que não se pode fazer recair sobre o acusado a obrigação de juntar elementos de prova que suponham uma autoincriminação, tampouco recorrer à coação para a obtenção de prova contra a sua vontade, não deve o princípio *nemo tenetur se detegere* limitar-se a manifestações comunicativas.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região em consonância com o entendimento ora esposado, já consignou que o princípio da não autoincriminação "força o Estado-acusador a desincumbir-se de seu ônus probatório, jamais se podendo exigir justamente do cidadão- acusado colaboração em sua própria

⁴³⁹ LOPES JÚNIOR, 2006, pp. 244-245.

⁴⁴⁰ No original: (...) entroncan también con una de las manifestaciones del derecho a la presunción de inocencia: la que sitúa en la acusación la carga de la prueba; esta carga no se puede trocar fácticamente haciendo recaer en el imputado la obligación de aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación".

condenação", de modo que "garante não somente o silêncio, mas também impede o exercício forçado de qualquer ato de colaboração na formação da culpa"⁴⁴¹.

Esse feixe de princípios constitucionais permite sustentar a existência de um amplo direito à não autoincriminação em nosso ordenamento. Propugnando a igualdade e o equilíbrio entre as partes e sintetizando o feixe de garantias que situa o acusado como sujeito processual, o devido processo legal obsta a que ele seja compelido a se submeter a diligências probatórias contra a sua vontade. A ampla defesa e a presunção de inocência reforçam, ademais, que o acusado não tem o dever de colaborar com o sucesso da persecução penal.

Guilherme de Souza Nucci, de forma semelhante, entende que o princípio *nemo tenetur se detegere* é uma decorrência natural da conjugação dos princípios constitucionais da presunção de inocência e da ampla defesa com o direito humano fundamental que permite ao réu manter-se calado, de modo que:

Se o indivíduo é inocente, até que seja provada a sua culpa, possuindo o direito de produzir amplamente a prova em seu favor, bem como se pode permanecer em silêncio sem qualquer tipo de prejuízo à sua situação processual, é mais do que o óbvio não estar obrigado, em hipótese alguma, a produzir prova contra si mesmo⁴⁴².

Maria Elizabeth Queijo também adota o entendimento ora perfilhado, relacionando o *nemo tenetur se detegere* aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e da presunção de inocência⁴⁴³.

É mister consignar que o direito à não autoincriminação, entendido como direito ao silêncio e direito de não produzir provas contra si mesmo, tem íntima relação com a tutela da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República Federativa do Brasil, a teor do art. 1º, III, da Carta Magna, além de outros direitos fundamentais que constituem suas manifestações, mormente a liberdade de autodeterminação e, secundariamente, a intimidade e a integridade física.

Não se pode conceituar a dignidade da pessoa humana com a pretensão de esgotar o seu conteúdo; mais fácil é a tarefa de aferir quando resta violada. Nesse viés, disserta Sarlet:

Como ponto de partida, vale citar a fórmula desenvolvida na Alemanha por G. Dürig, para quem a dignidade da pessoa humana poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta (o indivíduo) fosse rebaixado a objeto, a mero

⁴⁴¹ TRF 4 - HC 2005.04.01.019437-8/PR, 7ª T., Rel. Néfi Cordeiro, DJ 29/06/2005.

⁴⁴² NUCCI, 2007, p. 90.

⁴⁴³ QUEIJO, op. cit., pp. 70-78.

instrumento, tratado como uma coisa, em outras palavras, na descaracterização da pessoa humana como sujeito de direitos. Esta fórmula, por evidente, não oferece uma solução global para o problema (já que não define previamente o que deve ser protegido), mas permite a verificação, no caso concreto, da existência de uma efetiva agressão contra a dignidade da pessoa humana⁴⁴⁴.

Não obstante os contornos fluidos do princípio da dignidade da pessoa humana, é possível identificar posições que, inequivocamente, integram o seu âmbito de proteção, como o direito à liberdade de autodeterminação, à integridade física e corporal. Para a salvaguarda desse valor maior, torna-se, então, indispensável não tratar as pessoas de modo a lhes tornar impossível representar a contingência de seu próprio corpo como momento de sua autônoma individualidade⁴⁴⁵. Compelir alguém à prática de determinado ato mediante o uso de força física, em princípio, contrapõe-se à dignidade da pessoa humana.

No processo penal, esse princípio basilar impõe, então, o reconhecimento da posição do acusado como sujeito do processo, e não mero objeto sobre o qual devem incidir medidas tendentes à elucidação dos fatos, e, assim, a preservação de sua liberdade de autodeterminação e o respeito à sua vontade. Consoante ensina Costa Andrade:

Sem dúvida que através do reconhecimento e consagração dos direitos do arguido, e concretamente do seu direito ao silêncio e a não ser obrigado a contribuir para a sua própria inculpação, se protegem direitos fundamentais como a dignidade humana e, de forma mais imediata, a liberdade individual, na medida em que o arguido não fica reduzido a mero objecto da actividade probatória, podendo recusar-se, em nome de sua insindivível autonomia, a ser meio de prova contra si mesmo⁴⁴⁶.

Ainda em consonância com as considerações aqui expendidas, colacionamos o entendimento de Silva Dias:

Em nosso entender, a dignidade da pessoa humana e suas explicitações representadas pelos direitos à integridade pessoal, à liberdade, à intimidade e à não autoincriminação, fazem barreira à transformação da pessoa, dentro e fora do processo penal, em objecto de prova e à consecução de finalidade de eficiência processual [...] por essa via. Que essa coisificação se traduza na extração coactiva de declarações, como acontece na tortura, ou na recolha de ar expelido, de saliva, de sangue ou de urina. Todos são segmentos da corporeidade que formata a condição humana e constitui o suporte biológico da unidade ética que cada pessoa é. O respeito pela dignidade intrínseca àquela

⁴⁴⁴ SARLET, *op. cit.*, p. 121.

⁴⁴⁵ *Ibid.*, p. 121.

⁴⁴⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas. In: Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova. Coimbra: Almedina, 2009, p. 41.

condição e a esta unidade impõe que esses "pedaços de si" não sejam obtidos à revelia da sua vontade⁴⁴⁷.

Em contrariedade ao acolhimento do direito de não produzir provas contra si mesmo com as bases aqui invocadas, pode-se argumentar que, nos demais ordenamentos jurídicos enfocados neste estudo, são assegurados o *due process*, a *fair trial*, a ampla defesa, a presunção de inocência e a dignidade da pessoa humana e, nem por isso, confere-se ao princípio *nemo tenetur se detegere* a amplitude em que é compreendido por nossa doutrina e jurisprudência. Não obstante, já consignamos que, em alguns casos, o mesmo raciocínio desenvolvido pelos Tribunais estrangeiros para embasar o direito ao silêncio presta-se, também, a fundamentar o direito de não produzir provas contra si mesmo. A rejeição dessa interpretação, em outros ordenamentos, decorre mais de argumentos de ordem pragmática que propriamente jurídica.

Relembre-se que, no caso *Schmerber v. California*, em que a Suprema Corte norte-americana restringiu o *privilege against self-incrimination* a provas de natureza comunicativa, reconheceu-se que a extração de sangue submete o acusado à produção de prova que pode ser usada para ensejar a persecução penal contra si, bem como que suscita o complexo de valores que o *privilege* visa a proteger. Dentre tais valores, enunciados em *Griffin v. Waterfront*, estão: a vontade de não submeter o suspeito ao cruel "trilema" de autoacusação, perjúrio ou *contempt*; a preferência por um sistema acusatório de justiça criminal; o medo de que declarações autoincriminatórias sejam extraídas por meio de tratamentos desumanos ou abusivos; o senso de "jogo limpo" que dita um justo equilíbrio entre o Estado e o indivíduo, requerendo que aquele arque com toda a carga probatória; o respeito pela inviolabilidade da personalidade humana e o direito de cada indivíduo a uma esfera de vida privada. A restrição do *privilege* baseou-se na tradição da jurisprudência da Suprema Corte e de cortes inferiores. Ademais, tendo em vista que a Quinta Emenda é interpretada, nos Estados Unidos, como uma imposição absoluta, extrair dela um direito mais amplo representaria um peso excessivo à persecução penal.

Conforme anota Kenworthy Bilz, na doutrina norte-americana, "a solução por determinação judicial do problema sobre se comandar a produção de provas físicas incriminadoras pelo acusado viola o privilégio sempre foi um produto menos de lógica do que de pragmática"⁴⁴⁸ (tradução livre).

⁴⁴⁷ DIAS; *op. cit.*, p. 31.

⁴⁴⁸ No original: "the solution by judicial fiat to the problem of whether commanding the production of incriminating physical evidence from an accused violates the privilege has always been a product

A Corte Europeia de Direitos Humanos, por sua vez, nega a aplicação do direito de não contribuir para a própria incriminação em relação a "provas que existem independentemente da vontade da pessoa" sob o argumento de que assim vem-se entendendo na maioria dos Países contratantes da Convenção Europeia.

Ademais, mesmo nos ordenamentos que conferem ao *privilege* essa interpretação restrita, é comumente aceita a sua manifestação em outras situações além do silêncio perante autoridades policiais ou judiciais, tal como a faculdade conferida à pessoa de não entregar documentos, que não tem qualquer relação com o interrogatório, tampouco resulta das origens históricas do princípio da não autoincriminação. Também cumpre registrar que parte da doutrina, nesses países, advoga essa interpretação ampliada.

O reconhecimento de um genérico direito de não produzir provas contra si mesmo é uma decisão eminentemente política, porquanto resulta de uma escolha entre interesses antagônicos constitucionalmente tutelados. Tal como buscamos demonstrar no presente tópico, é certo que há bases para fundamentá-lo em nossa ordem constitucional, assim como em outros ordenamentos, mas não se sustenta que essa aceitação é despida de subjetivismo.

A extensão do princípio *nemo tenetur se detegere* revela a opção por um sistema processual penal eminentemente garantista. Trata-se do reconhecimento de que não se pode exigir do indivíduo que seu comprometimento com os interesses da realização da justiça penal seja maior do que seu compromisso consigo mesmo. Nas palavras de Thiago Bottino:

[...] Se não 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 de autoincriminar 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 direito⁴⁴⁹.

less of logic than of pragmatics". BILZ, Kenworthy. Self-incrimination doctrine is dead; long live self-incrimination doctrine: confessions, scientific evidence, and the anxieties of the liberal state. *Cardozo Law Review*. Disponível em: <<http://www.cardozolawreview.com/content/30-3/BILZ.30-3.pdf>>

⁴⁴⁹ BOTTINO, *op. cit.*, p. 48/49.

Assim, optando por favorecer a liberdade individual em detrimento dos interesses coletivos inerentes à persecução penal, a doutrina e a jurisprudência pátrias vem consolidando o entendimento de que o princípio *nemo tenetur se detegere* abrange, ao lado do direito ao silêncio, o direito de não produzir provas contra si mesmo. Realiza-se, assim, uma extensão, com recurso a hermenêutica, do âmbito de proteção de direito fundamental positivado, perfeitamente admissível em face da cláusula de abertura material dos direitos fundamentais. Reiteramos, entretanto, que é absolutamente criticável a ausência de fundamentação desse direito nas decisões do Supremo Tribunal Federal e de outros Tribunais.

Há que consignar, portanto, que o direito de não produzir provas contra si mesmo não pode ser entendido como direito absoluto, haja vista as suas expressivas repercussões negativas na eficácia da persecução penal. Embora o seu reconhecimento denote uma postura inicial de prevalência do interesse individual, certamente conveniente como meio de contenção de abusos, não deve ser supervalorizado a ponto de prevalecer sobre quaisquer outros interesses. Impõe-se encontrar um ponto de equilíbrio entre os valores que se embatem processo penal.

Colaboração premiada à luz da Constituição Federal 1988

Esse capítulo é destinado à análise do instituto penal da colaboração premiada à luz do princípio *nemo tenetur se detegere* (direito de não produzir prova contra si mesmo), da proibição da autoincriminação e do direito ao silêncio, tudo na forma prevista na ordem processual penal constitucional brasileira.

A colaboração premiada ou colaboração compensada, tão comumente presente e tratada nos noticiários brasileiros como “delação premiada”, está prevista na nova lei que trata da organização criminosa - Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013, vislumbrando-se que a colaboração do investigado é uma forma substancial de redução do âmbito do princípio *nemo tenetur se detegere*.

De fato, na colaboração premiada, uma das cláusulas presentes é a que prevê a renúncia do princípio *nemo tenetur se detegere*, como se depreende do texto do parágrafo 14, do artigo 4º, da - Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013⁴⁵⁰.

Artigo 4º: o juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até dois terços a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: [...]; Parágrafo 14: nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade. [...]

Tem-se como exemplo prático da renúncia do princípio *nemo tenetur se detegere* para se colaboração premiada o Acordo de Delação Premiada firmado por Alberto Youssef⁴⁵¹ e homologado pelo então Ministro do Supremo Tribunal Federal - STF, Teori Zavascki:

Capítulo V: da renúncia à garantia contra a autoincriminação e ao direito ao silêncio. Cláusula 13: ao assinar o acordo de colaboração premiada, o colaborador, na presença de seus advogados, está ciente do direito ao silêncio e da garantia contra

⁴⁵⁰ BRASIL, Legislação. **Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 22 nov. 2017.

⁴⁵¹ STF, Supremo Tribunal Federal. **Acordo de Delação Premiada de Alberto Youssef**. Ofício nº 4.394, de 19 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/acordo-delacao-premiada-alberto-youssef.pdf>>. Acesso em: 01 de nov. de 2017.

a autoincriminação, ao qual, nos termos do artigo 4º, parágrafo 14, da Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013, o colaborador “renuncia”, nos depoimentos em que prestar, ao exercício do direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

Neste estudo adota-se indistintamente a terminologia “colaboração premiada” ou “delação”, já que a doutrina especializada, em sua grande maioria, tampouco faz distinção. Convém notar, contudo, que o uso do termo “delação” demonstra a real intenção do instituto, que tem como objetivo “institucionalizar a traição”⁴⁵².

Sobre esse assunto, assim se manifestou Tourinho Filho⁴⁵³:

A delação (traição) premiada revela a incompetência do Estado na luta contra o crime, ineficiência do sistema da persecução criminal. Vale-se, então, da fraqueza do caráter de determinados indivíduos. A delação premiada é a institucionalização da traição.

Mas o que vem a ser colaboração premiada? Quais seus antecedentes e justificativas?

6.1.

Colaboração premiada em conceito

A colaboração premiada se traduz, em breves linhas, em benefício para o acusado em decorrência de acordo que celebra com a autoridade policial ou do Ministério público. A clemência resultado do acordo tem por objeto que o réu proporcione provas contra outros transgressores da lei, para evitar que o ilícito continue sendo executado, que os delatados ocultem evidências ou cometam novos delitos. Esta estrutura jurídica nos moldes contemporâneos surgiu nos Estados Unidos e na Itália, depois sendo adotada por diversos países, dentre eles, o Brasil.

Surgiu como necessidade para processar crimes de terrorismo internacional e identificar mandantes, bem como o crime organizado, que

⁴⁵² TRF1ªR, Tribunal Regional Federal da Primeira Região. **Apelação Criminal - ACR nº 221261120074013500**. Terceira Turma. Relator Tourinho Filho. Publicado no DJF1 de 17 de dezembro de 2010, p. 1647. Disponível em: <<http://portal.trf1.jus.br/portaltf1/pagina-inicial.htm-1>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

⁴⁵³ TRF1ªR, Tribunal Regional Federal da Primeira Região. **Apelação Criminal - ACR nº 221261120074013500**. *Op. cit.*, p. 1647.

compreende gangues, narcotráfico, extorsão, lavagem de dinheiro, peculato e outros crimes similares.

A legislação brasileira contempla a colaboração premiada desde a Lei dos Crimes de Lesa Humanidade - Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072 de 1990), expandindo-se depois para os crimes de extorsão por meio de sequestro e outros crimes assemelhados aos crimes hediondos praticados por bando ou quadrilha. Durante muitos anos debateu-se sobre o formato da colaboração premiada.

Somente com a promulgação da Lei de Combate às Organizações Criminosas (Lei 12.850, de 2013) foi desenhado um procedimento mais completo sobre a colaboração premiada. Porém não se trata de um instituto de origem recente, nem no Brasil, nem no mundo.

6.1.1

Breve excursão histórica da colaboração premiada

A colaboração premiada é um instrumento ao serviço da justiça penal e pode ajudar na obtenção de provas, facilitando a investigação e, em geral, a persecução criminal de delitos de especial gravidade, notadamente dos crimes cometidos no âmbito da delinquência organizada. Consiste basicamente num acordo alcançado pelo investigado, acusado ou condenado, pela prática de um crime e o Estado, titular do direito de punir (*jus puniendi*). O Estado, em troca da confissão ou da prestação de informação relevante, oferece ao suposto delinquente determinados benefícios, que podem consistir na diminuição da pena ou, até mesmo, na sua remissão total nos casos de colaboração especialmente importante.

O estabelecimento de prêmios e recompensas, inclusive financeiros, a quem denuncia uma conduta proibida ou comunica às autoridades a prática de algum delito, é também fundamental ferramenta de obtenção de informação.

Embora habitualmente a doutrina contemporânea, quando faz referências aos principais expoentes de instrumentos legais para a promoção jurídica da delação através de recompensas econômicas, assinalem países como Estados Unidos da América, Reino Unido, Suíça, Austrália, como precursores, porque lá existem programas de incentivos chamados de *Bounty Programs*, por meio dos quais são outorgadas recompensas econômicas ao delator em função das

quantias que o Estado possa recuperar ao descobrir a trama delitiva; Juan Carlos Ortiz⁴⁵⁴ adverte que tais colaborações recompensadas já existiam no Direito Romano.

É conhecida a expressão romana *Roma traditoribus non praemiat* (Roma não paga traidores), contudo, apesar dessa máxima, a delação era incentivada pelos romanos, não apenas com medidas de proteção, mas também por meio de recompensas econômicas. São encontrados exemplos legais de prêmios e recompensas idealizados para fomentar as denúncias durante a etapa romana na *Lex Acilia Repetundarum* (ano de 123 a. C.), norma na qual se previa que, se a acusação prosperasse, a recompensa poderia consistir na concessão de alguma dignidade, como, por exemplo, um cargo importante no Senado ou em outra instituição, a obtenção da cidadania romana ou, mesmo, a isenção do serviço militar (*vacatio publici muneris et militiae*)⁴⁵⁵. A *Lex Acilia Repetundarum* previa “premios para los acusadores que llevaran a cabo su labor con éxito”, cabíveis, portanto, no caso de exercício de acusação exitoso frente ao magistrado provincial corrupto⁴⁵⁶.

Na *Lex Papia Poppaea* (ano de 9 a. C.) eram estabelecidas recompensas econômicas que podiam alcançar até metade de determinados bens para quem levasse ao conhecimento dos agentes tributários a existência de bens vacantes (*bona vacantia*), sem titular por não terem sido aceitos por herdeiros⁴⁵⁷.

Também na *Lex Iulia Maiestatis* (ano 8 a. C), estava estabelecido como prêmio, no caso de delação, uma parte da multa imposta ao condenado ou parte de seus bens confiscados⁴⁵⁸.

A Bíblia Sagrada, mais importante livro da comunidade Cristã, no Livro de Mateus, primeiro livro do Novo Testamento, parte bíblica escrita depois do nascimento de Jesus Cristo, relata talvez o caso mais emblemático de delação premiada seja a traição de Judas Iscariotes, que aceitou trinta moedas de prata para entregar Jesus Cristo ao governador (praefectus) Pôncio Pilatos da província romana da Judeia:

⁴⁵⁴ ORTIZ, Juan Carlos. **La delación premiada en España**: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia. In: *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 03, nº 01, p. 39-70. Porto Alegre, jan./abr. 2017. p. 50-51.

⁴⁵⁵ ORTIZ, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 51.

⁴⁵⁶ GUERRERO, Macarena. **El praemium civitatis en la lex Acilia repetundarum**: ¿incentivo para reprimir el abuso de poder?. In: *Diritto @ Storia, Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, anno XIII, Quaderno nº 12, Nuova Serie, Sassari SS, Itália: UNISS, 2014. Disponível em: <<http://www.dirittoestoria.it/12/pdf/Guerrero-Praemium.pdf>> Acesso em: 22 jan. 2018. p. 01.

⁴⁵⁷ ORTIZ, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 51.

⁴⁵⁸ *Idem, ibidem*, p. 51.

14- Então, um dos Doze, chamado Judas Iscariotes, dirigiu-se aos chefes dos sacerdotes. 15 - E lhes perguntou: “o que me darão se eu o entregar a vocês?” E fixaram-lhe o preço: trinta moedas de prata. 16 - Desse momento em diante Judas passou a procurar uma oportunidade para entregá-lo⁴⁵⁹.

Importa a advertência de que no caso de Judas Iscariotes, “a cólera das pessoas é dirigida ao traidor, sendo quase indiferente ao mandante e aos algozes, os quais efetivamente poderiam ter evitado a execução ou diminuído o sofrimento do Messias”. Disso infere-se que “a dor da ferida aberta, do açoite e do assassinato ecoam com menor intensidade se comparado à delação”, na medida em que a delação “é rejeitada veementemente como comportamento torpe, indigno, o que fez muitos prisioneiros políticos resistirem à humilhação da tortura em nome da lealdade aos seus pares durante a ditadura militar”⁴⁶⁰.

Já, segundo Ana Carla Bermúdez⁴⁶¹, a colaboração premiada tem origens nos tempos da Idade Média, na época da Inquisição, quando a Igreja Católica perseguiu os hereges, assim denominados os praticantes de outras religiões. O sistema inquisitório da Idade Média valorizava a confissão do acusado, podendo esta ser alcançada via tortura ou por meio de promessa de recompensa. Para esta autora, a colaboração premiada hoje se parece com a delação do sistema inquisitório medieval, na parte em que utiliza o autor do crime para demonstrar a existência do crime cometido por ele e terceiros.

No mesmo sentido, Pamella Rodrigues Dias e Erik Rodrigues da Silva⁴⁶² identificam a Idade Média como berço da delação premiada, cujos indícios:

[...] podem ser encontrados na Idade Média, durante o período da Inquisição, no qual se costumava distinguir o valor da confissão de acordo com a forma em que ela acontecia. Se o corréu confessava de forma espontânea, o entendimento era que ele estava inclinado a mentir em prejuízo de outra pessoa, diferentemente daquele que era torturado. Portanto, a confissão mediante tortura era mais bem valorizada.

⁴⁵⁹ BÍBLIA SAGRADA. **Novo Testamento**. In: Livro de Mateus, Capítulo XXVI e Versículos 14 a 16. Disponível em: <<https://www.bibliaon.com/mateus/>>. Acesso em: 24 jan. 2018.

⁴⁶⁰ ABELIN, Gabriel. *Op. cit.*, p. 01.

⁴⁶¹ BERMÚDEZ, Ana Carla. **Delação premiada existe desde a Idade Média e foi usada na Inconfidência Mineira**. São Paulo: UOL, 21 de maio de 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/05/21/delacao-premiada-existe-desde-a-idade-media-saiba-mais-sobre-o-conceito.htm?cmpid=copiaecola>>. Acesso em: 22 jan. 2018. p. 01.

⁴⁶² DIAS, Pamella Rodrigues; SILVA, Erik Rodrigues da. **Origem da delação premiada e suas influências no ordenamento jurídico brasileiro**. Artigo publicado em 2014. Disponível em: <<https://rafael-paranagua.jusbrasil.com.br/artigos/112140126/origem-da-delacao-premiada-e-suas-influencias-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 22 jan. 2018. p. 01.

De acordo com Adel El Tasse⁴⁶³, “efetivamente o procedimento de índole inquisitorial, com apego às ideias fundamentais desenvolvidas pelo Tribunal do Santo Ofício, tem na delação praticada pelo acusado um dos elementos essenciais de prova”, ademais, a delação premiada medieval constituía na época medida investigatória fundamental.

Cesare Beccaria⁴⁶⁴ (1738-1794) que encabeçou o movimento visando humanizar as penas, em seu tempo, já manifestava sua opinião contrária ao método da delação forçada e premiada, argumentando que as acusações dessa espécie eram abusos consagrados por governos fracos constituídos por pessoas falsas e pérfidas.

No Brasil o instituto penal da colaboração premiada aportou por meio das Ordenações Filipinas de Portugal, que aqui vigoraram de 1603 até 1867. As Ordenações Filipinas foram inspiradas na junção do direito romano (mais político do que moral ou religioso), do germânico (mais moral do que político e religioso) e do direito canônico (mais religioso do que moral ou político), e refletiam o direito penal existente na época. As Ordenações Filipinas, em seu Livro V, Título XVI, parágrafo 12, cuidavam das devassas (inquirições que informavam os delitos): gerais e especiais.

Informe-se que as “devassas” eram informação do delito, tomada, via de regra, anualmente, por autoridade do juiz, para castigo dos delinquentes e conservação do sossego público. Sua origem, enquanto forma de investigação criminal, é originária do direito canônico. Os três modos de devassas, ou seja, de dar início à persecução penal, na forma das Ordenações Filipinas, eram a acusação (feita por qualquer pessoa), com a inscrição do nome do acusador, que devia segui-la até o final, como ocorria no direito romano), a denúncia (delação que não havia vinculação do acusador) e a inquirição (investigação do fato feita pelo próprio juiz, com custas à notoriedade do fato)⁴⁶⁵.

O texto das Ordenações Filipinas trazia a previsão da possibilidade de recompensa com perdão ou benefício financeiro para quem comunicasse às autoridades algum envolvimento com crimes de lesa-majestade (“crime de Lesa Magestade quer dizer traição commettida contra a pessoa do Rey, ou seu Real

⁴⁶³ TASSE, Adel El. **Delação premiada**: novo passo para um procedimento medieval. In: *Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais*, vol. 05, p. 269-283. São Paulo: RT, jul./dez. 2006. p. 04.

⁴⁶⁴ Cesare Beccaria *apud* ABELIN, Gabriel. **A inconstitucionalidade da delação premiada, ou a simples legalização da imoralidade**. Artigo publicado em 15 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/10/15/a-inconstitucionalidade-da-delacao-premiada-ou-da-simples-legalizacao-da-imoralidade/>>. Acesso em: 24 jan. 2018. p. 01.

⁴⁶⁵ ROSSETTO, Enio Luiz. *Op. cit.*, p. 197.

Stato")⁴⁶⁶. Porém não bastava que fosse dito que houve conspiração, era indispensável prová-la:

(...) e quanto ao que fizer conselho e confederação contra o Rey, se logo sem algum spaço, e antes que per outrem seja descoberto, elle o descobrir, merece perdão. E ainda por isso lhe deve ser feita mercê, segundo o caso merecer, se elle não foi o principal tratador desse conselho e confederação. E não o descobrindo logo, se o descobrir depois per spaço de tempo, antes que o Rey seja disso sabedor, nem feita obra por isso, ainda deve ser perdoado, sem haver 'outra mercê. E em todo o caso que descobrir o tal conselho, sendo já per outrem descoberto, ou posto em ordem para se descobrir, será havido por commetedor do crime de Lesa Magestade, sem ser relevado da pena, que por isso merecer, pois o revelou em tempo, que o Rey já sabia, ou stava de maneira para o não poder deixar de saber⁴⁶⁷.

Já o Título CXVI, do Livro V, das Ordenações Filipinas trazia regras para perdoar os acusados que acarretassem aos outros a prisão. O Poder Moderador podia perdoar a pena a quem entender que merece clemência:

Título CXVI: como se perdoará aos malfeitores, que derem outros à prisão. Qualquer pessoa, que der à prisão cada hum dos culpados, e participantes em fazer moeda falsa, ou em cercear, ou per qualquer artifício mingoar, ou corromper a verdadeira, ou em falsar nosso sinal, ou sello, ou da Rainha, ou do Principe meu filho, ou em falsar sinal de algum Vedor de nossa fazenda, ou Dezembargador, ou de outro nosso Official mor, ou de outros Officiaes de nossa Caza, em cousas, que toquem a seus Officios, ou em matar, ou ferir; com besta, ou espingarda, matar com peçonha, ou em a dar, ainda que morte della se não siga, em matar atraçoadamente, quebrantar prisões e Cadêas de fóra per força, fazer furto, de qualquer sorte e maneira que seja, pôr fogo áciente para queimar fazenda, ou pessôa, forçar mulher, fazer feitiços, testemunhar falso, em soltar presos por sua vontade, sendo Carcereiro, em entrar em Mosteiro de Freiras com proposito deshonesto, em fazer falsidade em seu Officio, sendo Tabellião, ou Servidão; tanto (que assi dêu à prisão os ditos malfeitores, ou cada hum delles, e lhes provar, ou forem provados cada hum dos ditos delictos, se esse, que o assi deu à prisão, participante em cada hum dos ditos malefícios, em que he culpado aquelle, que he preso, havemos por bem que, sendo igual na culpa, seja perdoado livremente, posto que não tenha perdão da parte E se não fôr participante no mesmo malefício, queremos que haja perdão para si (tendo perdão das partes) de qualquer malefício, que tenha, posto que grave seja e, isto não sendo maior daquelle, em que he culpado o que assi deu à prisão. E se não liver perdão das partes, havemos por bem de lhe perdoar livremente o

⁴⁶⁶ Livro V, Título VI, das Ordenações Filipinas (SENADO Federal. **Código Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal**: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. *In: Institucional/Biblioteca Digital* - Livros Raros. Brasília; Serviço de Biblioteca Digital - SEBI, 2017. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>>. Acesso em: 20 jan. 2018. p. 1153).

⁴⁶⁷ Parágrafo 12, do Título VI, do Livro V, das Ordenações Filipinas (SENADO Federal. *Op. cit.*, p. 1154).

degredo, que tiver para África, até quatro annos, ou qualquer culpa, ou malefício, que tiver commettido, porque mereça degredo até os ditos quatro annos. Porém, isto se entenderá, que o que dêr à prisão o malfeitor, não haja perdão de mais pena, nem delgrede, que de outro tanto, quanto o malfeitor merecer. 1. E além do sobredito perdão, que assi outorgamos, nos praz, que sendo o malfeitor, que assi foi dado à prisão, salteador de caminhos, que aquelle, que o descobrir, e dêr à prisão, e lho provar, haja de nós trinta cruzados de mercê⁴⁶⁸.

Conforme Luciano Alberto Ferreira e Marcos Pereira da Silva⁴⁶⁹, “tal instituto brasileiro foi utilizado, inclusive, no caso da Inconfidência Mineira, em 1789, beneficiando o delator Coronel Joaquim Silvêrio dos Reis”.

Para Rui Barbosa⁴⁷⁰ (1849-1923), a delação premiada era um absurdo, exclamando com convicção que mesmo o combate do desvio de vultosas quantias justificaria o exagero da delação premiada.

De acordo com Leonardo Isaac Yarochevsky e Thalita da Silva Coelho⁴⁷¹ a delação premiada ganhou seus primeiros traços ainda nas Ordenações Filipinas “e consignava a faculdade de se perdoar o indivíduo que delatasse conspirações ou conjurações, bem como fornecia dados que ajudassem na prisão dos envolvidos”.

Posteriormente, com a independência brasileira e a promulgação de novos Códigos inclusive em matéria penal, as medidas referentes ao perdão de malfeitores delatores foram sendo erradicadas da ordem jurídica brasileira.

Thiago Bottino⁴⁷² lembra que desde a Proclamação da Independência do Brasil, apenas século no XX, mais especificamente “em meados da década de 80, que o primeiro instituto dessa natureza, a confissão, foi introduzido em nosso sistema penal com a finalidade de estimular que o acusado se autoincriminasse”. Trata-se do momento da reforma penal de 1984, trazida pela Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984, conhecida como “Nova Parte Geral do Código Penal”, que passou a ser incentivada, no Brasil, “a cooperação do acusado na investigação do crime a ele imputado”. A atenuante da confissão, prevista na alínea “d”, do inciso

⁴⁶⁸ *Caput* e parágrafo 1º, do Título CXVI, do Livro V, das Ordenações Filipinas (SENADO Federal. *Op. cit.*, p. 1272).

⁴⁶⁹ FERREIRA, Luciano Alberto; SILVA, Marcos Pereira da. **Garantias liberais e eficácia repressiva**: controvérsias da colaboração premiada na persecução de crimes econômicos no Brasil. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 137, p. 197-222. São Paulo: RBCrim/RT, nov. 2017. p. 202.

⁴⁷⁰ Rui Barbosa *apud* ABELIN, Gabriel. *Op. cit.*, p. 01.

⁴⁷¹ YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac; COELHO, Thalita da Silva. **Delação premiada**. *In: Migalhas*, de 17 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI209470,101048-Delacao+premiada>>. Acesso em: 26 jan. 2018. p. 01.

⁴⁷² BOTTINO, Thiago. **Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal**: uma análise crítica dos acordos firmados na “operação lava jato”. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 122. p. 359-390. São Paulo: RBCrim/RT, set./out., 2016. p. 361.

III, do artigo 65, do Código Penal, na redação da Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984 e que segue em vigor, “deixou de ser aplicada para quem confessasse crime imputado a outrem ou a pessoa desconhecida, e passou a beneficiar qualquer acusado que se autoincriminasse”: “artigo 65: são circunstâncias que sempre atenuam a pena: [...]; III - ter o agente: [...]; d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime; [...]” (Código Penal).

A justificativa para a legitimação do benefício da confissão foi o estímulo à busca da (tão intangível) verdade real. Era concebido o instituto como “declarações prestadas oficialmente no curso de investigação ou instrução penal, contrárias aos interesses de quem às fornece”. Essa conformação normativa, segundo Thiago Bottino⁴⁷³, traduz-se na base conceitual da atual colaboração premiada “largamente empregada hoje no discurso jurídico”.

Conforme Leonardo Isaac Yarochevsky e Thalita da Silva Coelho⁴⁷⁴ o termo inicial do instituto em tela, agora com a denominação de delação premiada, teve início com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que, inspirada no já mencionado “Movimento da Lei e Ordem”, trouxe dispositivo sobre a criação da lei dos Crimes Hediondos (artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição federal de 1988).

Foi assim que o regime de cooperação penal formado, no entorno da atenuante da confissão, foi modificado com o advento da Lei nº 8.072 de 25 de julho que “dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal de 1988”, conhecida como “Lei dos Crimes Hediondos”, um dos primeiros textos normativos penais editados na vigência do novo regime democrático instituído pela Constituição Federal de 1988. Essa lei introduziu causas especiais de redução de pena nos artigos 7º e 8º, sendo que o artigo 7º acrescentou o parágrafo 4º, ao artigo 159, do Código Penal, com a seguinte redação: “parágrafo 4º: se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o coautor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços (incluído pela Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 -Código Penal). Já o artigo 8º, da Lei dos Crimes Hediondos, diz que:

será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no artigo 288 do Código Penal [associação criminosa⁴⁷⁵], quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de

⁴⁷³ BOTTINO, Thiago. *Op. cit.*, p. 361.

⁴⁷⁴ YAROCHEVSKY, Leonardo Isaac; COELHO, Thalita da Silva. *Op. cit.*, 01.

⁴⁷⁵ “Associação Criminosa: artigo 288: associarem-se três ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena de reclusão, de um a três anos. Parágrafo único: a pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente” (Código Penal).

entorpecentes e drogas afins ou terrorismo. Parágrafo único: o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

Em 1995, a Lei nº 9.034 de 03 de maio de 1995 passou a dispor especificamente sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas e, para tanto, incluiu em seu texto o instituto da delação premiada: “artigo 6º: nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria”. Esta lei foi revogada pela Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013, que hoje define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal.

Destaca-se que o legislador da Lei do Crime Organizado não buscou restringir a concessão da colaboração premiada apenas para os casos de organização criminosa em sentido estrito, ao revés, ampliou o instituto para abarcar também a associação criminosa (antigo crime de quadrilha ou bando). Exigiu que tal colaboração para ser premiada precisa ser, além de voluntária e espontânea, não ser objeto de interferência prévia de ninguém. Ademais, tem que ser eficaz, com a verificação de liame de causalidade entre ela e o esclarecimento efetivo de infrações penais e sua autoria⁴⁷⁶.

No mesmo ano foi editada a Lei nº 9.080, de 19 de julho, que acrescentou dispositivos à Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986 (define os crimes contra o sistema financeiro nacional), e Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990 (define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo).

A Lei nº 8.884 de 22 de junho de 1994, que trata das infrações contra a ordem econômica, posteriormente revogada pela Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 previa a celebração do acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, a pessoas físicas e jurídicas autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborassem de modo efetivo com as investigações e o processo administrativo.

Na lei dos crimes contra o sistema financeiro nacional, a Lei nº 9.080, de 19 de julho de 1995 introduziu o parágrafo 2º, do artigo 25, a saber:

⁴⁷⁶ DIAS, Pamella Rodrigues; SILVA, Erik Rodrigues da. *Op. cit.*, p. 01.

Artigo 25: [...]. Parágrafo 2º: nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

No ano seguinte surge a Lei nº 9.269, de 02 de abril de 1996, que deu nova redação ao parágrafo 4º, do artigo 159 do Código Penal, forma vigente até hoje: “se o crime [de extorsão mediante sequestro] é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços” (redação dada pela Lei nº 9.269, de 02 de abril de 1996 - Código Penal).

Na sequência tem-se a Lei nº 9.613 de 03 de março de 1998 que dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores (Lei de Lavagem de Capitais), cujo parágrafo 5º, do artigo 1º, expressa que:

Artigo 1º: [...]. Parágrafo 5º: a pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

Essas normas, como se vê, previam apenas a redução da pena como compensação pela colaboração premiada. O instituto praticamente não era usado, especialmente porque o sistema normativo não previa nenhuma forma de garantia ou segurança ao delator e à sua família, tampouco um procedimento específico para a colaboração

Para corrigir essa lacuna, o legislador apresentou a Lei nº 9.807 de 13 de julho de 1999 que estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal (Lei de Proteção às Vítimas e Testemunhas).

A grande inovação dessa lei, além da referida proteção, foi a permissão do perdão judicial, vale dizer, da concessão da extinção de punibilidade para réus colaboradores:

Artigo 13: poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I - a identificação dos demais

coautores ou partícipes da ação criminosa; II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III - a recuperação total ou parcial do produto do crime. Parágrafo único: a concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Contudo também segue mantendo a possibilidade de diminuição da pena como compensação pela colaboração:

Artigo 14: o indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços (Lei nº 9.807 de 13 de julho de 1999).

Com o advento da Lei Antitóxicos (Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002), dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícito de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, surge na ordem jurídica brasileira a colaboração processual:

Artigo 31: [...]. Parágrafo 1º: o sobrestamento do processo ou a redução da pena podem ainda decorrer de acordo entre o Ministério Público e o indiciado que, espontaneamente, revelar a existência de organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais dos seus integrantes, ou a apreensão do produto, da substância ou da droga ilícita, ou que, de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para os interesses da Justiça.

Esta norma foi revogada pela Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, nova Lei Antidrogas, cujo artigo 41, ainda em vigor, adota a seguinte forma de colaboração premiada:

o indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

Neste caso, não se exige que o benefício da colaboração compensada somente se aplique nos casos de organização criminosa ou na hipótese de associação criminosa (antiga quadrilha ou bando), sendo o suficiente “que haja a

identificação dos demais agentes, ainda que seja apenas um, em razão da falta de previsão legal, como existia na lei anterior”⁴⁷⁷.

A Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, acabou por regulamentar em seu artigo 86 o acordo de leniência, que não deixa de ser uma espécie de delação premiada:

o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação [...].

Nessa previsão normativa, à luz do parágrafo 1º, do artigo 86, em decorrência do acordo, é preciso que se cumpram alguns requisitos, por exemplo, “que não estejam disponíveis com antecedência provas suficientes para assegurar a condenação, que o colaborador confesse a sua participação no ilícito e que coopere plena e permanentemente com as investigações”⁴⁷⁸.

Em 2012, a Lei nº 12.694 de 24 de julho, que dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas, “além de prever a organização criminosa como crime autônomo, estabeleceu a possibilidade de julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição, em caso de crime organizado”⁴⁷⁹.

As leis citadas denotam vários tipos de colaboração premiada, com características peculiares para cada espécie de crime e, normalmente, preveem o benefício da colaboração premiada apenas para os delitos que cada uma contem, com exceção da Lei nº 9.807 de 13 de julho de 1999 (Lei de Proteção a Vítimas e a Testemunhas), que regulamenta o instituto em tela de forma genérica, sem

⁴⁷⁷ SILVA, Jorge Vicente. **Comentários à nova lei antidrogas - manual prático**: direito material e processual penal. Curitiba: Juruá, 2007. p. 155.

⁴⁷⁸ LIMA, José Antonio Farah Lopes de. **Delação premiada**: aspectos psicológicos e jurídicos. Artigo publicado em 23 de janeiro de 2016. Disponível em: <<http://emporioidireito.com.br/backup/delacao-premiada-aspectos-psicologicos-e-juridicos/>>. Acesso em: 24 jan. 2018. p. 01.

⁴⁷⁹ PEREIRA, Nicolle Bolfarini Guiotti Campanatti. **Constitucionalidade da colaboração premiada**: indícios de *common law* no processo penal brasileiro. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional* - RDCl, vol. 103, p. 247-265. São Paulo: RDCl e Fundação Thomson Reuters. Set./out., 2017. p. 248.

especificar para quais crimes é aplicável, apenas fazendo referência a certos requisitos previstos em seus artigos 13 e 14⁴⁸⁰, a saber:

Artigo 13: poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I - a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa; II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III - a recuperação total ou parcial do produto do crime. Parágrafo único: a concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso. Artigo 14: o indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

De uma forma geral, as normas até aqui apresentadas sobre delação premiada anteviam a possibilidade de redução da pena para participante ou coautor que, por meio da confissão espontânea, apresentasse esclarecimentos às autoridades sobre as infrações penais e sua autoria, além da localização do produto do crime, possibilitando sua recuperação⁴⁸¹. Porém, a falta de sistematização normativa do instituto impedia sua prática:

Nenhum desses dispositivos, porém, tratava da delação premiada com minudência, de modo a estabelecer os limites que deveriam ser observados para tutelar os direitos das partes e realizar a custódia da legalidade das provas. A principal consequência desse vazio era a imensa e indevida margem de discricionariedade concedida aos intérpretes, especialmente aos juizes, para, em substituição ao legislador, criar regras *ad hoc* e em caráter retroativo, mesmo sem possuir legitimidade constitucional para tanto⁴⁸².

A Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013, seguindo as diretrizes da Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, de 15 de novembro de 2000 (Convenção de Palermo de 2000), passou a definir organização criminosa e a dispor sobre a investigação criminal,

⁴⁸⁰ CAVALCANTI, Fernando da Cunha. **A delação premiada e sua (in) conformidade com a Constituição Federal**. In: *Âmbito Jurídico*, ano XIV, nº 87. , Rio Grande, abr. 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9380&revista_caderno=22>. Acesso em: 25 jan. 2018. p. 01.

⁴⁸¹ GARCIA FILHO, José Carlos Cal. **Delação premiada ofende direitos fundamentais previstos na Constituição**. In: *Revista Consultor Jurídico*, 08 de outubro de 2014. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2014-out-08/cal-garcia-filho-delacao-premiada-viola-direitos-fundamentais?imprimir=1>>. Acesso em: 22 jan. 2018. p. 01.

⁴⁸² GARCIA FILHO, José Carlos Cal. *Op. cit.*, p. 01.

os meios de obtenção de prova, as infrações penais correlatas e o procedimento criminal, promovendo verdadeira transformação nas normas já existentes sobre colaboração premiada, especialmente por ter reunido as regras em um só texto normativo e por ter acrescentado a colaboração preventiva⁴⁸³.

O aumento da criminalidade organizada fez com que o legislador voltasse sua atenção para a colaboração premiada e se preocupasse com sua sistematização normativa. Foi assim, então, como repressão ao referido cenário, que a Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013 foi editada, dispondo sobre o crime de organização criminosa, bem como os meios de prova relacionados a tal contexto, que consoante Nicolle Bolfarini Guiotti Campanatti Pereira⁴⁸⁴ a regulamentação da colaboração premiada como elemento probatório para desmantelamento do crime organizado foi de grande valia ao direito processual. A Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013 “constitui o primeiro marco legal efetivo da delação premiada”⁴⁸⁵.

Na síntese de Soraia R. Mendes⁴⁸⁶, a Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013 acrescentou na ordem jurídica brasileira alguns benefícios concedidos ao colaborador, “que podem ser oferecidos a qualquer tempo durante a persecução penal, tais como, a redução da pena, o perdão judicial, a progressão de regime, bem como a substituição de regime menos gravoso para seu cumprimento”. No entanto, destaca que:

[...] um dos requisitos exigíveis é, na constituição do termo de colaboração, à distância do juiz, a fim de garantir a imparcialidade nas “negociações”, conferindo a ele uma passividade ou mesmo restrições no seu papel de garantidor, o qual exercerá sua função no momento da homologação do acordo. Isso pode resultar em uma relativização dos direitos e garantias fundamentais que permeiam a pretensão punitiva e acabar por justificar ilegítimas prisões preventivas⁴⁸⁷.

Na interpretação de Luciano Alberto Ferreira e Marcos Pereira da Silva⁴⁸⁸, essa norma veio atender à necessidade de regulamentação da colaboração premiada, na medida em que os contornos gerais e os procedimentos existentes até então ainda eram obscuros, eis que não tratavam de questões relevantes, a exemplo do acesso ao acordo, da participação do julgador da causa no acordo, o momento da colaboração e seu valor probante.

⁴⁸³ FERREIRA, Luciano Alberto; SILVA, Marcos Pereira da. *Op. cit.*, p. 203.

⁴⁸⁴ PEREIRA, Nicolle Bolfarini Guiotti Campanatti. *Op. cit.*, p. 248.

⁴⁸⁵ GARCIA FILHO, José Carlos Cal. *Op. cit.*, p. 01.

⁴⁸⁶ MENDES, Soraia R. **Editorial dossiê “colaboração premiada e justiça criminal negocial”**: novos e múltiplos olhares. In: *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 03, nº 01, p. 31-38. Porto Alegre, jan./abr. 2017. p. 37.

⁴⁸⁷ MENDES, Soraia R. *Op. cit.*, p. 37.

⁴⁸⁸ FERREIRA, Luciano Alberto; SILVA, Marcos Pereira da. *Op. cit.*, p. 203.

Logo no primeiro parágrafo, do artigo 1º, define “organização criminosa” como a associação composta por quatro ou mais pessoas, ordenada e caracterizada sem sua estrutura pela divisão de tarefas, mesmo que informalmente, visando “obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos, ou que sejam de caráter transnacional” (Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013).

No artigo 3º prescreve os meios de obtenção de prova, citando expressamente como um deles a colaboração premiada (inciso I, do artigo 3º, da Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013).

Na interpretação de Nicolle Bolfarini Guiotti Campanatti Pereira⁴⁸⁹, a “organização criminosa” da norma em comento se assemelha à “associação criminosa” do artigo 288 do Código Penal⁴⁹⁰, diferindo somente “quanto a alguns pontos, como: o número de integrantes [...] e a necessidade de uma estrutura e hierarquia, que sirva para a prática de infrações penais com penas máximas superiores a quatro anos”. Ademais, na nova lei a organização criminosa é tipificada como crime autônomo (artigo 2º, caput, e parágrafo 1º).

Por meio dos artigos 4º a 7º, o legislador da Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013 tratou de disciplinar todo o procedimento para a obtenção e validação do instituto da colaboração premiada, fato até então inédito na ordem jurídica brasileira⁴⁹¹.

A possibilidade de celebração da colaboração premiada está prevista no artigo 4º, que pode implicar em perdão judicial, em redução em até dois terços da pena privativa de liberdade ou sua substituição por pena restritiva de direitos daquele que tenha colaborado de forma voluntária e efetiva com a investigação e com o processo criminal, com a peculiaridade de que dessa colaboração advenha um ou mais dos resultados esperados: identificação dos demais participantes, a revelação da estrutura hierárquica, a prevenção de infrações penais decorrentes, a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações e a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. Portanto, para que os benefícios da colaboração premiada sejam concedidos, deve se

⁴⁸⁹ PEREIRA, Nicolle Bolfarini Guiotti Campanatti. *Op. cit.*, p. 249.

⁴⁹⁰ “Associação Criminosa: artigo 288: associarem-se três ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena - reclusão, de um a três anos. Parágrafo único: a pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente” (Código Penal).

⁴⁹¹ LIMA, José Antonio Farah Lopes de. *Op. cit.*, p. 01.

revestir de eficácia, consubstanciada na verificação de um ou mais desses resultados previstos nos incisos do citado artigo 4º.

O legislador ainda prevê, por meio da Lei nº 12.850, três momentos legais à realização da colaboração premiada: fase processual (parágrafo 2º, do artigo 4º; fase judicial (parágrafo 4º, do artigo 2º, no *caput* do artigo 2º); e fase pós-processual (parágrafo 5º, do artigo 2º)⁴⁹².

A retrocitada autora⁴⁹³ destaca que nos termos normativos da Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013, o acordo de colaboração premiada é oferecido tanto pelo representante do Ministério Público como pelo Delegado de Polícia, sendo que o agente, devidamente assistido por um defensor, poderá discricionariamente aceitá-lo ou não. Depois de sua aceitação, o acordo é formalizado e se for observada sua legalidade, regularidade e voluntariedade, poderá ser homologado pelo juiz. É na sentença o magistrado concede os benefícios da colaboração compensada, que na forma da referida lei são: redução da pena privativas de liberdade em até dois terços, a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos ou perdão judicial e, “até mesmo a possibilidade de o *Parquet* deixar de oferecer denúncia, sob determinadas condições”⁴⁹⁴.

À luz da sobrecitada lei, a colaboração premiada pode ser apresentada como meio de prova ou como estratégia de defesa. Por isso se faz necessário que os requisitos de seu acordo, previstos no artigo 6º da referida norma, sejam fielmente observados, especialmente a necessidade de uma declaração de aceite do acusado e seu defensor, sendo que cabe ao defensor, nesse momento verificar se realmente existem vantagens ao colaborador, bem como se seus direitos estão sendo preservados⁴⁹⁵.

Já na forma de seu o artigo 7º, para a celebração do acordo de colaboração premiada, este deve ser sigiloso sendo que o julgador só poderá ter conhecimento do conteúdo depois de sua celebração:

Quanto ao juiz em relação à delação premiada, ele não participa das negociações realizadas entre as partes e deverá homologar o acordo realizado, verificando a sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo recusar a homologação ou adequá-la ao caso concreto⁴⁹⁶.

⁴⁹² CANOTILHO, José João Gomes. BRANDÃO, Nuno. **Colaboração premiada**: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da operação lava jato. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 133, p. 133-171, jul. 2017. p. 139.

⁴⁹³ PEREIRA, Nicolle Bolfarini Guiotti Campanatti. *Op. cit.*, p. 250.

⁴⁹⁴ LIMA, José Antonio Farah Lopes de. *Op. cit.*, p. 01.

⁴⁹⁵ PEREIRA, Nicolle Bolfarini Guiotti Campanatti. *Op. cit.*, p. 250.

⁴⁹⁶ LIMA, José Antonio Farah Lopes de. *Op. cit.*, p. 01.

Ademais, a lei não confere valor absoluto às declarações do delator, justamente para valorizar o princípio constitucional da presunção da inocência. Veja-se o que apresenta o parágrafo 16, do artigo 4º, da mencionada lei: “artigo 4º: [...]. Parágrafo 16: nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador” (Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013). Na interpretação de José Antonio Farah Lopes de Lima⁴⁹⁷:

Considerando que a delação não é realizada respeitando-se o princípio do contraditório (o acusado pelo delator não o pode contradizer no momento da delação), é importante que o conteúdo da delação seja confirmado por outras provas lícitas obtidas ao longo do processo.

Portanto, a colaboração premiada exige como requisitos “a voluntariedade do investigado em delatar, a relevância das declarações, a efetividade da colaboração, a personalidade do colaborador, além de observar as regras presentes nas leis que preveem o instituto”⁴⁹⁸. A concessão do benefício depende do nível de contribuição da colaboração, vale dizer, se foi suficiente para identificar outros envolvidos no crime; conseguir documentos e informações que provem a infração; localizar vítimas com vida, bens e valores; recuperar produtos ligados ao crime e revelar a estrutura da organização criminosa. Os benefícios podem ser o perdão judicial, a diminuição da pena ou a aplicação de um regime mais brando de cumprimento da pena.

É preciso citar uma peculiaridade apontada por pelo referido autor⁴⁹⁹, de que um dos direitos do colaborador (artigo 5º, inciso V, da Lei nº 12.850/13) é o de não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, sendo que a realidade constatada hodiernamente no *mass media* é completamente oposta, ou seja, todos ficam conhecendo quase que instantaneamente, através da imprensa, não só a identidade dos delatores, como já aconteceu, por exemplo, com a infame “Operação Lava Jato”, sendo divulgadas livremente à imprensa até mesmo o conteúdo completo de suas delações.

Mesmo com o advento da Lei nº 12.850/13, ainda não existe, no Brasil, uma norma tratando exclusivamente da colaboração premiada, sendo que cada lei que a adotou apresenta sua particular forma de tratar da matéria, não existindo

⁴⁹⁷ LIMA, José Antonio Farah Lopes de. *Op. cit.*, p. 01.

⁴⁹⁸ SANTOS, Priscila Carine de Jesus; DAHER JUNIOR, Paulo Afonso Ribeiro; LEMGRUBER BOECHAT, Wagner Saraiva Ferreira; PARÓDIA, Mariane Silva. PEREIRA, Malu Maria de Lourdes Mendes. **A (in) constitucionalidade dos acordos de delação premiada em face do princípio do devido processo legal.** Artigo publicado em 2016. Disponível em: <http://unifia.edu.br/revista_eletronica/revistas/direito_foco/artigos/ano2016/002_inconstitucionalidade_acordo_delacao.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2018. p. 04-05.

⁴⁹⁹ LIMA, José Antonio Farah Lopes de. *Op. cit.*, p. 01.

uma coerência entre elas. No entanto, da análise mais acurada do texto da Lei de Organizações Criminosas é possível verificar que os dispositivos que tratam da colaboração premiada “são suficientes para regulamentação do instituto nas demais leis”⁵⁰⁰.

Desde então essa lei passou a ser utilizada como norma geral de regulamentação da colaboração premiada especialmente quanto aos procedimentos, substituindo as leis anteriores, especialmente a Lei nº 9.807 de 13 de julho de 1999, que até então era a única regra que estabelecia algumas normas gerais sobre o procedimento da colaboração premiada⁵⁰¹.

Não se pode negar que a Lei nº 12.850/13 significou importante avanço normativo também quanto ao instituto da colaboração premiada, especialmente porque disciplinou detalhadamente a matéria com o intuito de aumentar a segurança jurídica para os envolvidos⁵⁰². Não obstante, para além das previsões legais, deve-se indagar como elas estão sendo utilizadas na prática. É neste sensível e neural ponto, que pode ocorrer a transmutação do instituto de algo benigno em um instrumento belicoso contra as garantias materiais e processuais fundamentais.

Em suma, a colaboração premiada sofreu importantes alterações no decorrer da evolução legislativa na ordem jurídica brasileira e agora apresenta regulamentação pormenorizada, especialmente no que versa sobre a criminalidade organizada. Contudo, ainda existem muitos debates e controvérsia, no cenário jurídico atual, sobre a legitimidade do acordo, sua homologação e concessão de benefícios, especialmente se a colaboração premiada na forma da Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013 é constitucional⁵⁰³, discussões essas que serão abordadas ainda neste capítulo.

⁵⁰⁰ SANTOS, Priscila Carine de Jesus; DAHER JUNIOR, Paulo Afonso Ribeiro; LEMGRUBER BOECHAT, Wagner Saraiva Ferreira; PARÓDIA, Mariane Silva. PEREIRA, Malu Maria de Lourdes Mendes. **A (in) constitucionalidade dos acordos de delação premiada em face do princípio do devido processo legal.** Artigo publicado em 2016. Disponível em: <http://unifia.edu.br/revista_eletronica/revistas/direito_foco/artigos/ano2016/002_inconstitucionalidade_acordo_delacao.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2018. p. 04-05.

⁵⁰¹ FERREIRA, Luciano Alberto; SILVA, Marcos Pereira da. *Op. cit.*, p. 203.

⁵⁰² LIMA, José Antonio Farah Lopes de. *Op. cit.*, p. 01.

⁵⁰³ PEREIRA, Nicolle Bolfarini Guiotti Campanatti. *Op. cit.*, p. 250.

6.1.2.

Definição de colaboração premiada

A colaboração premiada está disciplinada nos artigos 4º a 7º, da Lei nº 12.850/13, no capítulo destinado à investigação e aos meios de obtenção da prova. Embora seja expressa a menção de que a colaboração privada é matéria típica de direito processual, os benefícios legalmente “previstos ao réu delator têm nítido caráter material, tais como a redução das penas e a fixação do respectivo regime de cumprimento”⁵⁰⁴.

A colaboração compensada, na forma como atualmente prevista no ordenamento jurídico brasileiro, estabelece a necessidade de sua efetividade, vale dizer, que seja relevante e propicie resultado, identificando autores do delito e provas do delito em si, estrutura da organização criminal e seu *modus operandi* de maneira que se fundamente uma condenação judicial. Também deve ajudar na prevenção de novos delitos e na recuperação do produto do delito.

O instituto da colaboração premiada encontra raiz na política criminal, posto que está direcionada “à prevenção e repressão dos ilícitos”⁵⁰⁵.

No Brasil, a principal justificativa para a regulamentação normativa da colaboração premiada foram os múltiplos casos especialmente de corrupção, bem como de lavagem de dinheiro, de evasão fiscal e de sonegação de impostos, que vieram à tona nos últimos anos. Desde o advento da Lei de Organizações Criminosas, que prevê o instituto da colaboração premiada como meio legítimo de obtenção da prova (inciso I, do artigo 3º, da Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013) muitas colaborações premiadas foram homologadas pelo Supremo Tribunal Federal.

A colaboração premiada consiste num acordo celebrado por um lado pelo investigado, acusado ou condenado, e do outro, pelo Estado. Este acordo se faz com a confissão ou com a informação relevante do agente criminal, que negocia com o Estado benefícios que reduzam sua pena ou lhe propiciem até a obtenção do perdão judicial.

Walter Barbosa Bittar⁵⁰⁶ afirma que a colaboração premiada é:

⁵⁰⁴ GARCIA FILHO, José Carlos Cal. *Op. cit.*, p. 01.

⁵⁰⁵ AKAOWI, Fernando R. Vidal. **Apontamentos sobre a delação**. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 707, p. 430-432. São Paulo: RT, set. 1994. p. 430.

⁵⁰⁶ BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada**: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 05.

[...] instituto de Direito Penal que garante ao investigado, indiciado, acusado ou condenado, um prêmio, redução, podendo chegar até a liberação da pena, pela sua confissão e ajuda nos procedimentos persecutórios, prestada de forma voluntária (isso quer dizer, sem qualquer tipo de coação).

Para Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, a colaboração premiada define-se como:

[...] afirmativa feita por um acusado, ao ser interrogado em juízo ou ouvido na polícia, e pela qual, além de confessar a autoria de um fato criminoso, igualmente atribui a um terceiro a participação como seu comparsa. Afirmamos que a delação somente ocorre quando o acusado e réu também confessa, porque, se negar a autoria e atribui-la a um terceiro, estará se escusando e o valor da afirmativa como prova é nenhum⁵⁰⁷.

Prossegue informando que o referido instituto de direito penal tem natureza jurídica de prova, porém de natureza anômala, eis que não possui semelhança com nenhuma outra prova nominada⁵⁰⁸.

Fernando Capez⁵⁰⁹ define a colaboração premiada como “o chamamento de corréu é a atribuição da prática do crime a terceiro, feita pelo acusado, em seu interrogatório, e pressupõe que o delator também confesse a sua participação”.

Soraia R. Mendes⁵¹⁰ diz que a colaboração premiada pode ser definida como:

[...] meio de obtenção de provas a fim de conhecer e punir aqueles que fazem parte da estrutura da organização criminosa que, [...] exige a voluntariedade do colaborador que celebra o acordo jurídico-processual. E, sob este aspecto, coloca-se a espinhosa tarefa de refletir sobre a aferição da voluntariedade nos casos em que o colaborador se encontra preso.

Para Damásio de Jesus⁵¹¹ a colaboração premiada configura uma incriminação de terceiro, incentivada pelo legislador, que premia o delator, concedendo-lhe benefícios (redução de pena, perdão judicial, aplicação de regime penitenciário brando, dentre outros). Dito de outro modo, a colaboração premiada:

[...] é a incriminação de terceiro, realizada por um suspeito, investigado, indiciado ou réu, no bojo de seu interrogatório, ou outro ato processual. Configura aquela incentivada pelo legislador, que premia o delator, concedendo-lhe benefícios

⁵⁰⁷ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 73.

⁵⁰⁸ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Op. cit.* p. 73-74.

⁵⁰⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 447.

⁵¹⁰ MENDES, Soraia R. *Op. cit.*, p. 35.

⁵¹¹ JESUS, Damásio Evangelista de. **Delação premiada**. In: *Revista Justitlex*, ano IV, nº 50, p. 26-27. Brasília, fev. 2006. p. 26-27.

como redução de pena, perdão judicial, aplicação de regime penitenciário brando, etc.⁵¹².

Nas palavras de Cândido Furtado Maia Neto⁵¹³, a delação ou colaboração premiada:

[...] é uma espécie de confissão espontânea (ou melhor, insistimos, sob pressão psíquica) sem garantia certa ao acusado, se o Estado-Juiz vai ou não acatar ou considerar as informações prestadas, para fins de desconto da pena anunciada, numa forma de condenação em perspectiva, ou melhor, via “extorsão oficializada” ou “extorsão legalizada”⁵¹⁴.

Ainda nas suas palavras, “delatar significa confessar, demonstrar o próprio comportamento, abrir informações pessoais à autoridade; bem como revelar a conduta ilícita de terceiros (coautores)”⁵¹⁵.

A colaboração premiada, na definição de José Antonio Farah Lopes de Lima⁵¹⁶, “é um meio de obtenção de provas (para o processo penal)” ou, dito de outro modo, “uma técnica de investigação, que consiste na oferta de benefícios pelo Estado àquele que confessar e prestar informações úteis ao esclarecimento de fatos delituosos”. Trata-se de “um instituto de natureza penal, que pode ser analisado a partir de muitas (e distintas) perspectivas: moral, filosófica, política, sociológica, psicológica, jurídica, etc.”. Neste pensar, as diversas possibilidades de reflexão demonstram a complexidade da matéria e, ao mesmo passo, abrem amplo campo de pesquisas, por se tratar de um tema “pouco conhecido cientificamente no Brasil”.

Em síntese, a colaboração premiada é “um meio de obtenção de prova que consiste na oferta de benefícios pelo Estado àquele que confessar e prestar informações úteis ao esclarecimento de infrações penais”⁵¹⁷.

Para Luciano Feldens⁵¹⁸:

⁵¹² JESUS, Damásio Evangelista de. *Op. cit.*, p. 09.

⁵¹³ MAIA NETO, Cândido Furtado. **Delação (colaboração) premiada e os direitos humanos: modelo de justiça com tortura psíquica legalizada, imputação generalizada, pena anunciada e condenação antecipada.** In: *Empório do Direito*, 06 de novembro de 2015. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/backup/delacao-colaboracao-premiada-e-os-direitos-humanos-modelo-de-justica-com-tortura-psiquica-legalizada-imputacao-generalizada-pena-anunciada-e-condenacao-antecipada-por-candido-furtado-maia/>>. Acesso em: 22 jan. 2018. p. 01.

⁵¹⁴ MAIA NETO, Cândido Furtado. **Delação (colaboração) premiada e os direitos humanos: modelo de justiça com tortura psíquica legalizada, imputação generalizada, pena anunciada e condenação antecipada.** In: *Empório do Direito*, 06 de novembro de 2015. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/backup/delacao-colaboracao-premiada-e-os-direitos-humanos-modelo-de-justica-com-tortura-psiquica-legalizada-imputacao-generalizada-pena-anunciada-e-condenacao-antecipada-por-candido-furtado-maia/>>. Acesso em: 22 jan. 2018. p. 01.

⁵¹⁵ MAIA NETO, Cândido Furtado. *Op. cit.*, p. 01.

⁵¹⁶ LIMA, José Antonio Farah Lopes de. *Op. cit.*, p. 01.

⁵¹⁷ LIMA, José Antonio Farah Lopes de. *Op. cit.*, p. 01.

⁵¹⁸ Luciano Feldens *apud* ABELIN, Gabriel. *Op. cit.*, p. 01.

[...] delatar significa “denunciar” ou revelar a prática de um delito, bem como os participantes na ação criminosa. O agente, em troca de vantagens, que no direito positivo brasileiro são a redução ou substituição da pena ou a extinção da punibilidade, admite sua culpabilidade e declara-se responsável pelo crime cometido.

A colaboração premiada, para Eduardo Araújo Silva⁵¹⁹, é também denominada de “cooperação processual (processo cooperativo)” e ocorre quando, ainda na fase de investigação processual, o acusado confessa seus crimes para as autoridades e, com isso, impede que outras infrações venham a se consumar (colaboração preventiva), além de auxiliar concretamente a polícia na sua atividade de recolher provas contra os demais coautores, possibilitando as suas prisões (colaboração repressiva). E conclui:

É assim, um instituto bem mais amplo que a delação premiada até então consagrada em várias leis brasileiras, a qual se restringe a um instituto de direito material, de iniciativa exclusiva do juiz, com reflexos penais (diminuição da pena ou concessão de perdão judicial).

Ao apresentar conceito e natureza jurídica da colaboração premiada, Fernando da Cunha Cavacanti⁵²⁰ a define como:

[...] um instituto previsto na legislação brasileira que serve para incentivar eventual participante de ação delituosa a denunciar todo o esquema criminoso e a identificar os demais envolvidos, sendo proporcionado, em recompensa, ao delator uma série de benefícios que interferem diretamente em sua sanção penal.

O referido instituto é componente de uma nova política de combate à criminalidade que vem sendo implementada no Brasil, com o intuito de estimular arrependimento de quem já se envolveu na prática de algum delito ou espécies de crimes”. Surgiu especialmente para combater a criminalidade organizada, no entanto, aos poucos, passou a ter mais relevância e abrangência, podendo ser utilizada para outras modalidades delitivas.

Para ser homologado o acordo de colaboração premiada, a lei exige do delator:

[...] a efetiva e decisiva influência na instrução processual, permitindo a colheita das provas que servirão para futura repressão penal, devendo o mesmo indicar de forma ampla a materialidade do crime, com as nuances próprias da espécie delitiva que se está apreciando, ou seja, que o envolvido possa

⁵¹⁹ SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas**: aspectos penais e processuais da Lei 12.850/2013. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 53.

⁵²⁰ CAVALCANTI, Fernando da Cunha. *Op. cit.*, p. 01.

informar/esclarecer todas as peculiaridades, forma de atuação, localização do produto do crime, da vítima, identificar os outros integrantes da ação ilícita, fornecendo local onde possam ser encontrados, a fim de que as autoridades possam desarticular o esquema e punir os envolvidos⁵²¹.

A definição de colaboração premiada apresentada por Cezar Roberto Bitencourt⁵²² não discorda das já citadas:

Delação premiada consiste na redução de pena (podendo chegar, em algumas hipóteses, até mesmo a total isenção de pena) para o delinquente que delatar seus comparsas, concedida pelo juiz na sentença condenatória, desde que sejam satisfeitos os requisitos que a lei estabelece.

O referido autor prossegue informando trata-se de um instituto importado de outros países, que não levou em conta a diversidade de peculiaridades de cada ordenamento jurídico e dos fundamentos políticos que o justificam, por isso vem sofrendo críticas e resistências pelos estudiosos do assunto. Ainda nas palavras do autor⁵²³:

Com efeito, a eufemisticamente denominada delação premiada, que foi inaugurada no ordenamento jurídico brasileiro com a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, artigo 8º, parágrafo único), proliferou em nossa legislação esparsa, atingindo níveis de vulgaridade. Enfim, iniciou-se a proliferação da “traição bonificada”, defendida pelas autoridades como grande instrumento de combate à criminalidade organizada, que, finalmente, recebe sua definição legal com a Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013.

A partir do exposto, percebe-se que o instituto da colaboração premiada está distante de ser tido como simples e sem qualquer discussão acerca de seus procedimentos e de uma série de garantias.

Embora com previsão normativa e bastante aplicado no Brasil nos últimos anos, o instituto da colaboração premiada ainda segue envolto em controvérsias, havendo argumentos favoráveis e contrários inclusive sobre sua constitucionalidade, como se passa a observar.

⁵²¹ CAVALCANTI, Fernando da Cunha. *Op. cit.*, p. 01.

⁵²² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Traição bonificada**: delação premiada na “lava jato” está eivada de inconstitucionalidades. *In: Revista Consultor Jurídico*, 04 de dezembro de 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-04/cezar-bitencourt-nulidades-delacao-premiada-lava-jato>>. Acesso em: 22 jan. 2018. p. 01.

⁵²³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 01.

6.2.

Análise constitucional da colaboração premiada brasileira

As políticas anticorrupção fazem, indubitavelmente, parte da atual agenda pública brasileira. Uma ideia concreta que hoje se discute é a incorporação da figura do delator nas persecuções penais relativas aos casos de corrupção. Nos debates entende-se que essa medida poderia produzir resultados positivos se fosse enquadrada num conjunto de políticas destinadas a reforçar a eficácia do sistema anticorrupção em geral, mas também é capaz de conduzir a novas frustrações se adotada de forma isolada do ordenamento jurídico como um todo.

A figura do delator, por meio da delação premiada, busca prover a contribuição de informações verdadeiras, desconhecidas e relevantes para a prevenção/punição do crime, por meio da redução da sanção que sofreria tal delator que participou da consumação dos crimes, mas que decide cooperar. Não se trata, como se viu, de um instituto novo ou de um instrumento alheio ao sistema jurídico brasileiro, na medida em que a colaboração premiada já estava prevista em outros textos normativos anteriores à Lei nº 12.850, embora com poucos resultados práticos devido à ausência de regulação procedimental.

Contra sua prática são apontados argumentos morais, de que o Estado não pode negociar com delinquentes; de que a justiça negociada viola o direito de defesa; que o Estado, ao aceitar a delação premiada, assume, ainda que implicitamente, seu fracasso na investigação e persecução criminal e de que, do ponto de vista da política criminal, levando em conta que a informação trazida pelo delator traz o ponto de vista que atende aos seus interesses, em primeiro lugar, pode ter o efeito indesejado de atrapalhar a investigação.

Por isso é razoável perguntar se a colaboração premiada tem potencial, no atual sistema penal brasileiro, para melhorar as investigações que envolvam organizações criminosas.

Para que o mecanismo funcione, para que alguém que foi parte de um esquema de corrupção queira confessar sua participação e aportar informação útil sobre seu funcionamento, é preciso que: exista uma ameaça certa de que quem praticou delito sofrerá um castigo relevante; que em resposta à dita ameaça, quem cometeu o crime aceite sua responsabilidade, concorde em delatar terceiros e também em ser condenado, embora com uma pena reduzida ou, mesmo, seja liberado de cumpri-la; que não tema represálias por parte de quem foi traído, que em muitos casos são pessoas de seu próprio ambiente, logo o delator deveria

dispor de proteção suficiente); e que a justiça possa efetivamente excluir informações falsas ou que tenham o objetivo de desviar o rumo das investigações. É preciso levar em conta que os incentivos que o Estado deve oferecer para que um delinquente coopere, precisa contrapor-se às regras informais arraigadas, sedutoras e em muitos casos atemorizantes que regem as relações e dinâmicas corruptas.

Como se vê, a colaboração premiada é um instituto jurídico controverso e tem fomentado acaloradas discussões. De um lado os juristas tentam demonstrar, a partir do sistema jurídico penal vigente, a inconstitucionalidade que reveste o instituto na forma como previsto na Lei nº 12.850/13 diante das dificuldades em equalizar a eficiência penal com as garantias individuais. Outrossim, a opção político-criminal legislativa do direito penal para resolver o aumento da criminalidade e a sensação de impunidade, por meio de validação e legitimação de institutos emergenciais político-criminalmente desejados, mas que são jurídico-constitucionalmente ilegítimos, são também além de ineficientes na proposta justificante de combater a criminalidade, igualmente o são na tarefa de reduzir a violência e de garantir a tão desejada segurança pública.

6.2.1.

Argumentos Favoráveis

Um primeiro argumento é que a colaboração premiada é um meio de obtenção de provas que pode ser eficiente para o sistema de investigação, por trazer ao processo elementos probatórios que, talvez, não fossem possíveis de serem obtidos de outra forma. É por isso que José Antonio Farah Lopes de Lima⁵²⁴ é favorável ao uso da colaboração premiada no processo penal brasileiro em decorrência da conjuntura atual que precisaria de ações efetivas de emergência. Nas suas palavras:

Com o aumento da criminalidade e sensação de impunidade, fenômenos vividos pela sociedade brasileira, defendo a utilização - dentro dos parâmetros constitucionais e legais - da delação premiada como forma de melhoria da eficácia do sistema de justiça criminal no Brasil. Contudo, este instituto pode - e deve - ser melhorado, para propiciar maior segurança jurídica tanto ao delator, como em relação às demais pessoas

⁵²⁴ LIMA, José Antonio Farah Lopes de. *Op. cit.*, p. 01.

envolvidas no processo penal, incluindo outros agentes e vítimas.

Nicolle Bolfarini Guiotti Campanatti Pereira⁵²⁵ defende a constitucionalidade da colaboração premiada com fundamento no sistema jurídico norte-americano da *common law*, que é um sistema legal embasado, primordialmente, nas decisões adotadas pelos tribunais, direito com caráter eminentemente jurisprudencial (a ação cria o direito) e consuetudinário (costume), contrastando-se com o sistema da *civil law* brasileiro, no qual a principal fonte é a lei. Para tanto, esta autora desenvolve um estudo comparativo entre a colaboração premiada brasileira e seu similar norte-americana o *plea bargaining* para, ao final, “aferir a constitucionalidade do instituto pátrio”.

Depois de extensa análise principiológica, a autora⁵²⁶ chegou à conclusão de que o legislador infraconstitucional respeitou os princípios constitucionais “quanto à legitimidade do Delegado de Polícia para oferecimento do acordo ao colaborador, e quanto à legitimidade para o magistrado homologar a avença e conceder seus beneplácitos”, entendendo que isso já seria suficiente para defender a constitucionalidade do meio de prova denominado de “colaboração premiada”.

Porém, como a colaboração premiada se aproxima do *plea bargaining* norte-americana, também desrespeita os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal. No entanto, para a citada jurista⁵²⁷, essa disparidade é corrigida pela regra da proporcionalidade, atribuindo-lhe, por isso, conformidade à Constituição Federal de 1988.

De fato, conforme Virgílio Afonso da Silva⁵²⁸, o princípio da proporcionalidade possui três requisitos: adequação (conexão lógica entre meio e fim), necessidade (menor sacrifício possível) e proporcionalidade em sentido estrito (solução mais benéfica no caso em concreto). Submetendo a colaboração premiada aos requisitos da proporcionalidade, Campanatti Pereira⁵²⁹ entende ser possível atestar sua constitucionalidade, na medida em que cumpre importante função no combate à criminalidade organizada, afirmando que apenas esse instituto é capaz de permitir a eficiente obtenção de material probatório hábil a dismantelar organizações criminosas e promover a justiça de forma eficaz, sendo

⁵²⁵ PEREIRA, Nicolle Bolfarini Guiotti Campanatti. *Op. cit.*, p. 257.

⁵²⁶ PEREIRA, Nicolle Bolfarini Guiotti Campanatti. *Op. cit.*, p. 257.

⁵²⁷ PEREIRA, Nicolle Bolfarini Guiotti Campanatti. *Op. cit.*, p. 257.

⁵²⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 798. p. 23-50. São paulo: RT, 2002.

⁵²⁹ PEREIRA, Nicolle Bolfarini Guiotti Campanatti. *Op. cit.*, p. 257.

que tal resultado é proporcionalmente mais relevante que aqueles princípios que deixa de atender⁵³⁰.

A retrocitada autora⁵³¹ identifica uma única inconstitucionalidade na colaboração premiada, relacionada ao desrespeito a alguns princípios constitucionais quando da atuação do Ministério Público e o princípio da obrigatoriedade da ação penal que o rege, no entanto, entende que é sanável, levando em conta que, a partir do princípio da proporcionalidade, a colaboração resulta imperiosa à sociedade, não existindo substituto com as mesmas qualificações.

Para esta doutrina, com a nova sistematização da Lei de Organização Criminosa, a colaboração premiada é constitucional, e por entender que é semelhante ao *plea bargaining* norte-americana, baseada no princípio da oportunidade da ação penal, conclui que a colaboração premiada é uma forma de inserção de caracteres do *common law* na ordem jurídica brasileira.

Nessa linha argumentativa, a constitucionalidade da colaboração premiada se fundamenta na regra da proporcionalidade, e mesmo ferindo alguns princípios constitucionais, traz como benefício a justiça negocial com as declarações de culpa, uma espécie de acordo negociado extrajudicial, cujo principal objetivo é resolver a contenda antes da ação penal⁵³². A primazia pelo diálogo e pela negociação pré-julgamento (*pre-trial*) é uma forte característica do direito norte-americano.

De fato, nos Estados Unidos, devido ao *plea bargaining*, a maioria dos processos penais se reduzem à fase de *pre-trial* (que antecede ao julgamento), razão pela qual é possível afirmar que naquele país existem dois modelos de justiça penal: um modelo teórico, jurisdicional e acusatório, que na prática se converte em um diverso modelo: prevalentemente burocrático-administrativo. No sistema da *commow law* existe todo um arcabouço jurídico que favorece as práticas negociais. A colaboração processual do imputado é uma instituição típica desse sistema, que traz como componente básico os benefícios punitivos⁵³³.

A sobrereferida autora⁵³⁴ reconhece que existem críticas no Brasil quanto à introdução de institutos jurídicos da *common law* em sistema originária e

⁵³⁰ PASTRE, Diogo Willian Likes. **O instituto da delação premiada no direito processual penal brasileiro**. In: *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, ano IX, nº 53, p. 57-77. São Paulo: IOB Thomson, dez./jan., 2009. p. 57.

⁵³¹ PEREIRA, Nicolle Bolfarini Guiotti Campanatti. *Op. cit.*, p. 257.

⁵³² PEREIRA, Nicolle Bolfarini Guiotti Campanatti. *Op. cit.*, p. 257.

⁵³³ GARCÍA, Nicolás Rodríguez. **La justicia penal negociada**: experiencias de derecho comparado. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1997. p. 36 (tradução livre).

⁵³⁴ PEREIRA, Nicolle Bolfarini Guiotti Campanatti. *Op. cit.*, p. 258.

essencialmente baseado na *civil law*, a exemplo da colaboração premiada. Os argumentos são de que, conquanto as práticas de justiça negociada, em matéria penal, além de permitirem a confirmação da culpa ou a indicação de coautores, pelo réu, possuem seu lado nefasto, qual seja, abreviam a persecução penal, prejudicariam as garantias do acusado, situações essas que, no conjunto, são incompatíveis com princípios processuais básicos.

Contudo, lembra que do outro lado, que “a colaboração premiada, em sua forma e estrutura cada vez mais próxima ao *plea bargaining* é deveras benéfica ao direito pátrio”, esclarecendo que nos Estados Unidos, o instituto do *plea bargaining* produz efeitos positivos e é bem recebido pelo réu no processo penal, na medida em que tem a oportunidade de ficar livre do estigma de um julgamento criminal, além de um cumprimento penal excessivo e oneroso. Ademais, pesa o argumento de que o processo penal brasileiro é bastante engessado em diversas situações, sendo que a introdução do instituto da colaboração premiada, é saudável e necessário ao efetivo combate da criminalidade, especialmente no caso de organizações criminosas⁵³⁵.

A autora⁵³⁶ acredita, ainda, que a colaboração premiada representa “indício de introdução da *common law* no país”, que, no seu pensar, é medida louvável na tentativa de diminuir a prática de crimes, bem como para facilitar a sua investigação e esclarecimento, quando vierem a acontecer. Ao final, conclui que a colaboração premiada é um instituto jurídico penal constitucional em razão do princípio da proporcionalidade e razoabilidade, argumentando que “atribui-se a constitucionalidade mesmo que o instituto abarque o princípio da oportunidade, diametralmente oposto ao da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal, em função da sua eficácia e do papel social que desempenha”.

Percebe-se que a jurista⁵³⁷, ao discorrer sobre suas ideias e argumentos para defender a constitucionalidade da colaboração premiada nos moldes sistematizados pela Lei nº 12.850/2013, insiste no argumento de que a colaboração premiada brasileira é bem próxima ao *plea bargaining* que entende ser uma experiência exitosa e com resultados eficientes nos Estados Unidos e que, por isso, se harmoniza com a Constituição Federal de 1988 e é de importância ímpar ao processo penal brasileiro, não sendo razoável criar empecilhos à sua ampla utilização. E conclui afirmando que no cenário jurídico brasileiro atual, com amparo nos resultados positivos do *plea bargaining* norte-

⁵³⁵ PEREIRA, Nicolle Bolfarini Guiotti Campanatti. *Op. cit.*, p. 258.

⁵³⁶ PEREIRA, Nicolle Bolfarini Guiotti Campanatti. *Op. cit.*, p. 258.

⁵³⁷ PEREIRA, Nicolle Bolfarini Guiotti Campanatti. *Op. cit.*, p. 259.

americano, a colaboração premiada é “a melhor forma de solucionar o crescente aumento da criminalidade organizada” e que, por isso, espera que “passe a ser um hábito na justiça criminal, observando-se, sempre, os direitos e garantias do colaborador de forma a se manter como instituto legítimo, constitucional e eficaz”.

Nesse contexto, torna-se imperioso definir o *plea bargaining*.

Conforme Nicolás Rodríguez García⁵³⁸, em matéria penal norte-americana o *plea bargaining* é a prática que consiste na obtenção, pelo acusado, de uma série de concessões oficiais em troca de se declarar culpado, ou seja, uma instituição que consiste num *give-and-take*, onde o acusado quando se declara culpado espera receber um tratamento menos severo por parte do órgão jurisdicional.

O autor⁵³⁹ chama a atenção para o fato de que, quando em outros ordenamentos jurídicos se fala da vigência ou não do *plea bargaining*, se está analisando se neles se dão, como nos Estados Unidos, acordos entre a acusação e a defesa para que os acusados se declarem culpados em troca de uma série de concessões, porém são acordos com as características e peculiaridades do ordenamento jurídico norte-americano. Seu estudo em outros países requer muita cautela e precisão, devido às diferenças existentes.

O citado jurista continua explicando que o *plea bargaining* norte-americano normalmente se dá por meio de um acordo entre a acusação e a defesa, no qual ambas serão beneficiadas, não existindo obstáculos para isso na legislação estadunidense. O acusado se declara culpado com a expectativa de receber uma sentença inferior por parte do juiz. É o processo de negociação que implica o diálogo entre a acusação e a defesa visando obter um acordo por meio do qual o acusado se declara culpado e, com isso, evita um longo, caro e desgastante processo judicial, em troca de uma redução nas penalizações ou de uma recomendação nesse sentido pelo Ministério Público. Portanto, a essência do *plea bargaining* está na determinação de um ou mais elementos da sentença por meio de uma negociação entre a acusação e a defesa⁵⁴⁰. Trata-se de um método extrajudicial de resolução de conflitos penais.

Na definição de Hedieh Nasheri⁵⁴¹ o *plea bargaining* nos Estados Unidos e no Canadá é definido como:

⁵³⁸ GARCÍA, Nicolás Rodríguez. *Op. cit.*, p. 34 (tradução livre).

⁵³⁹ GARCÍA, Nicolás Rodríguez. *Op. cit.*, p. 34, nota 30 (tradução livre).

⁵⁴⁰ GARCÍA, Nicolás Rodríguez. *Op. cit.*, p. 35 (tradução livre).

⁵⁴¹ “Plea bargaining is the process by which the defendant in a criminal case relinquishes his right to go to trial in exchange for a reduction in charge and/or sentence. It is a bargain consisting of the exchange of official concessions for the defendant's act of self-conviction. Plea bargaining may resolve by (1) sentence recommendation; (2) the plea to lesser included offense; or (3) dismissal of

[...] o processo pelo qual o acusado ou suspeito em um caso criminal renuncia ao seu direito ao julgamento em troca de uma redução da acusação ou da sentença. É uma barganha consistindo da troca de uma concessão oficial para o acusado ou autocondenação.

A maior crítica que o *plea bargaining* tem recebido dos juristas norte-americanos está no fato de que ao premiar quem se declara culpado, conseqüentemente se está castigando aqueles imputados que decidam levar seu caso ao poder Judiciário, penalizando o exercício de um direito de acesso à justiça em sentido amplo constitucionalmente reconhecido. Incentiva-se a autoincriminação e desestimula-se que o acusado lute pela sua inocência. Nesse sentido são as palavras de, Thomas R. McCoy e Michael J. Mirra:

[...] no *plea bargaining*, o Estado tenta induzir os réus a se declararem culpados ao ameaçar impor uma sentença mais severa se eles forem condenados no julgamento, do que poderiam obter caso já se declarassem culpados. O único propósito do Estado para essa disparidade de sentença é diminuir o número de demandas judiciais, mas que acaba penalizando os réus que exigem julgamento e depois são condenados (tradução livre)^{542 543}.

Frederico Valdez Pereira⁵⁴⁴ também defende a constitucionalidade da colaboração premiada, porém com argumentos um pouco diferentes, se baseando especialmente na questão da necessidade emergencial de institucionalização de mecanismos que podem ser inconstitucionais a princípio, por serem de essência não garantista, mas que se justificam e se revestem de constitucionalidade diante da incapacidade do Estado de enfrentar os problemas decorrentes da criminalidade organizada.

Antes de discorrer sobre suas ideias, o autor⁵⁴⁵ questiona se “o preço cobrado pela técnica premial, em termos de práxis judiciária, e de todo o aparato

changes in na indictment, information, or other charging paper. Plea bargaining is a term for a practice that has also been referred to by various other names such as ‘plea negotiations’, ‘compromise of criminal cases’, ‘plea discussion and plea argument’” (NASHERI, Hedieh. **Betrayal of due process: a comparative assessment of plea bargaining in the United States and Canada.** Lanham: University Press of America, 1998. p. 08, nota 02 (tradução livre).

⁵⁴² MCCOY, Thomas R.; MIRRA, Michael J. **Plea bargaining as due process in determining guilt.** In: *Stanford Law Review Journal*, vol. 32, nº 05, p. 887-941. California: Stanford University, may, 1980. p. 893.

⁵⁴³ No original: [...] in plea bargaining, the state attempts to induce defendants to plead guilty by threatening to impose a harsher sentence should they be convicted at trial than it would impose if they pleaded guilty. The state’s only purpose for this sentencing disparity is to deter demands for trial by penalizing those defendants who demand trial and then convicted.

⁵⁴⁴ PEREIRA, Frederico Valdez. **Compatibilização constitucional da colaboração premiada.** In: *Revista dos Tribunais*, vol. 929, p. 319-358. São Paulo: RT, mar. 2013. p. 331 e ss.

⁵⁴⁵ PEREIRA, Frederico Valdez. *Op. cit.*, p. 331.

de administração da Justiça Penal, justifica-se ante as imposições decorrentes de exigências advindas dos novos fenômenos delituais associativos”.

Na sequência, lembra que a doutrina alemã identifica como “emergência investigativa” (*Ermittlungsnotstand*) a situação em que Estado não consegue dar prosseguimento à investigação, porque os meios de prova tradicionais não conseguem esclarecer os fatos, circunstância que justificaria a busca de instrumentos menos ortodoxos. A referida situação de emergência acontece mais frequentemente em questões penais envolvendo criminalidade organizada em razão das dificuldades na produção de provas, especialmente porque estas foram projetadas para demonstrar ilícitos penais clássicos, onde geralmente o agente e vítima são sujeitos individuais. Isso tudo justificaria a legalização de novos métodos probatórios de crimes praticados por organizações criminosas, como é o caso da colaboração premiada⁵⁴⁶. É nesse contexto que o autor em comento levanta a seguinte problemática:

(...) ante a constatação de obstáculo no esclarecimento e, por consequência, evitação de uma faixa de delitos com duradoura e intensa potencialidade lesiva, no mais das vezes inseridos na atuação contínua de associações criminosas, tais como as destinadas ao tráfico de drogas, de armas, terrorismo, crimes financeiros, e ainda corrupção do aparelho estatal, deve-se indagar qual deve ser a postura do Estado diante do impasse na persecução penal de uma faixa da criminalidade pelos meios tradicionais⁵⁴⁷.

Assim, depois de identificado o problema de recorrente impunidade de crimes graves por ineficiência dos sistemas investigativos, é preciso buscar novos instrumentos, contudo, sem que isso redunde na relativização de garantias imperiosas à humanidade, a exemplo das técnicas de tortura ou qualquer ação que possa infligir algum tipo de coação física ou moral ao provável agente do delito.

Existe também uma “faixa de criminalidade de menor intensidade lesiva” que precisa ser tolerada, levando-se em conta o fato de que é impossível um Estado esclarecer e reprimir todos os delitos, pois a direção de ações e energias no sentido de alcançar objetivos inatingíveis poderia paralisar o sistema penal diante do aumento da carga de trabalho ao sistema repressivo judiciário⁵⁴⁸.

⁵⁴⁶ PEREIRA, Frederico Valdez. *Op. cit.*, p. 331.

⁵⁴⁷ PEREIRA, Frederico Valdez. *Op. cit.*, p. 331.

⁵⁴⁸ PEREIRA, Frederico Valdez. *Op. cit.*, p. 333.

Apesar de favorável à colaboração premiada, Frederico Valdez Pereira⁵⁴⁹ só encontra justificativas para esse tipo de reforço investigativo nos casos de emergência decorrente do “bloqueio investigativo pelos métodos tradicionais”. Além disso, defende que os casos de infrações penais cotidianas responsáveis pela grande sensação de insegurança pública precisam ser enfrentados com estratégias inseridas em estudos de política criminal, priorizando ações preventiva, inserção econômica dos desfavorecidos, policiamento ostensivo e implemento de trabalho social.

A mais disso, adverte que as eventuais agressões a direitos fundamentais não advêm apenas do Estado. Limitar os poderes punitivos estatais não garante o respeito às garantias. O garantismo penal não é unilateral. Nas suas palavras:

[...] nem sempre provém do Estado o risco às liberdades humanas, havendo um campo da criminalidade atual, qualificada pela dimensão difusa da lesão, para a qual não é exagero exigir-se atuação estatal de repressão em defesa de direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos⁵⁵⁰.

O Estado, além do poder punitivo, tem o dever de proteção. Os deveres de proteção do Estado passaram por uma revitalização com a principiologia interpretativa e a concepção de que o princípio da proporcionalidade possui dupla perspectiva: de um lado visa proteger o cidadão dos excessos do Estado e de outro assegurar que essa proteção seja suficiente para garantir direitos fundamentais. Isso não quer dizer que a colaboração premiada possa ser imposta como fundamento do direito penal. Tampouco que se justificaria um controle de abstenção legislativa por não se fazer uso da colaboração premiada para enfrentar as organizações por ineficiência da proteção estatal⁵⁵¹.

No entanto, é preciso adotar uma posição consciente e racional que considere o contexto no quais eventuais novos instrumentos de reforço investigativo, normalmente autoritários por competirem ou afrontarem direitos e liberdades fundamentais, encontram justificativas nas situações de emergência investigativa trazida pelas novas manifestações da criminalidade cada vez mais complexa, organizada e incessível. Isso tudo depende de se definir “se o sistema

⁵⁴⁹ PEREIRA, Frederico Valdez. *Op. cit.*, p. 333.

⁵⁵⁰ PEREIRA, Frederico Valdez. *Op. cit.*, p. 334.

⁵⁵¹ PEREIRA, Frederico Valdez. *Op. cit.*, p. 335.

penal globalmente considerado deve ou não avançar de modo a conseguir enfrentar desafios decorrentes de novas manifestações da criminalidade”⁵⁵², vale dizer, a já tradicional tensão entre o direito penal mínimo garantista e o direito penal máximo que permite a flexibilização de garantias individuais, adotando-se este segundo conceito.

A sociedade mudou com a industrialização urbanizada, como também foram surgindo novas figuras delituosas e novos *modus operandi* na prática dos crimes. As técnicas avançadas de comunicação e de informatização também repercutiram nos fenômenos delituosos, tanto no seu aperfeiçoamento quanto na maneira de combatê-los. A dificuldade está em idealizar novos instrumentos apuratórios que consigam responder com eficiência às modernas manifestações da criminalidade sem ferir garantias inafastáveis.

O suprarreferido jurista⁵⁵³ reconhece que “a situação de exigência na concretização de um dever de proteção minimamente eficaz por parte do Estado se maximiza na criminalidade associativa”, já que o Estado não consegue “superar o bloqueio na resposta judiciária” usando os métodos tradicionais de investigação, situação que justificaria, no seu pensar, “a alternativa de estímulo à colaboração com a Justiça”. É com base nesses argumentos que sugere pelo menos uma mínima compatibilização da premiação dos colaboradores com os princípios constitucionais. Nas suas palavras:

(...) por isso pode-se afirmar que a limitação do recurso como instrumento investigativo apenas a uma faixa restrita de criminalidade não significa apenas exigência de natureza político-criminal, mas sim imposição condicionante da legitimidade da utilização dos arrependidos diante de um juízo de ponderação e balanceamento constitucional dos princípios em latente colisão.

A colaboração premiada, então, seria um “preço a pagar” nos custos da evolução dos fenômenos sociais, por isso da necessidade de se estabelecer com clareza os limites possíveis do recurso aos instrumentos de reforço na investigação. No entanto, essa técnica investigativa dos arrependidos, embora seja constitucional diante do contexto apontado, não pode ser inserida na ordem jurídica penal como instrumento de política criminal. O que se quer dizer é que a delação premiada não precisa ser abolida do direito penal, porém, tem que ser tratada como instrumento adequado apenas em situações excepcionais e específicas que agreguem além da emergência investigativa, a verificação de

⁵⁵² PEREIRA, Frederico Valdez. *Op. cit.*, p. 340.

⁵⁵³ PEREIRA, Frederico Valdez. *Op. cit.*, p. 341.

gravidade e de risco à sociedade ao ponto máximo de não se aguentar a abnegação à reação do Estado⁵⁵⁴.

De fato, a colaboração premiada não pode ser transformada em princípio geral do direito penal. Em razão dos princípios e interesses em jogo, é salutar que o referido instrumento de caráter emergencial seja limitado a determinado tipo de manifestação criminosa. Sua generalização ou ampliação desmedidas podem desequilibrar os interesses contrapostos por desguarnecer de forma desproporcional as garantias de defesa, além de produzir impacto negativo na dinâmica processual, transformando-a de um modelo de confronto entre acusação e defesa pautado no diálogo, para um modelo genérico de colaboração. Por isso, as normas que regem a colaboração premiada precisam estar bem claras, delimitadas e direcionadas a situações bem específicas e excepcionais.

Ademais, no momento da aferição do prêmio ao colaborador, é preciso reduzir ao máximo as margens de discricionariedade do julgador, sob o risco de promover uma mudança na cultura judicial ao ponto de colocar a colaboração como primeiro objetivo da investigação. Quanto mais completa e detalhada for a regulação normativa da colaboração premiada, inclusive quanto aos procedimentos na coleta das informações, a correlação entre a importância das informações e o prêmio concedido, menos riscos de sua prática cair nas teias da inconstitucionalidade. Apenas dessa forma, segundo o autor⁵⁵⁵, é possível reduzir os riscos que o instituto da colaboração premiada traz à investigação penal como um todo, tanto ao Estado por conta de delações caluniosas, por exemplo, quanto ao colaborador que pode se sentir coagido a colaborar contra sua vontade, e garantir a finalidade originária da colaboração premiada que é a de “reforçar o esclarecimento dos fatos graves cometidos no âmbito da moderna criminalidade associativa”.

Fernando R. Vidal Akaowi⁵⁵⁶ também defende a constitucionalidade da colaboração premiada, ao discorrer que:

(...) não nos parece que alguém possa continuar achando que a delação é imoral. Ela é o meio necessário para se resolver determinados problemas que afligem a população, e que merece maior atenção de nossos legisladores, no sentido de ampliá-la e aperfeiçoá-la, para garantir bons resultado.

⁵⁵⁴ PEREIRA, Frederico Valdez. *Op. cit.*, p. 342.

⁵⁵⁵ PEREIRA, Frederico Valdez. *Op. cit.*, p. 342.

⁵⁵⁶ AKAOWI, Fernando R. Vidal. *Op. cit.*, p. 432.

Certamente é possível entender que o prêmio dado como contrapartida à colaboração é uma resposta processual positiva frente ao delito que, em determinados casos, como de corrupção generalizada e terrorismo, tenha surgido de uma necessidade prática, já que, sem a delação, dificilmente poderia a acusação ter acesso às fontes de prova. Contudo, além de não ser facilmente compreendido um prêmio concedido ao informante acusado, especialmente quando implica a extinção da sentença ou a retirada da acusação contra ele, sendo que ocupa uma posição relevante na trama criminal à introdução da colaboração premiada pode ser especialmente perigosa por causa dos riscos envolvidos na ampla margem que é reconhecida, mesmo que atue dentro dos limites de uma discricionariedade regulamentada, para o poder de disposição da acusação pelo Ministério Público. A possibilidade de este organismo utilizar os recursos disponíveis, incluindo o pedido de prisão provisória, para “estimular” a denúncia parece evidente.

Em todo o caso, não se pode perder de vista que as manifestações do informador têm como limite os direitos e garantias dos imputados ou investigados e, em especial, o seu direito à presunção de inocência, que só pode ser desvirtuada mediante prova da culpa no ato do julgamento (ou antecipadamente com todas as garantias). A este respeito, deve-se ter em mente que as manifestações do colaborador feitas pela promessa de um prêmio constituem meio de prova inerentemente suspeito, o que implica num maior rigor na valorização da sua credibilidade, especialmente quando se trata de prova única.

Na síntese do exposto, diante da argumentação de quem defende a constitucionalidade da colaboração premiada, verifica-se que: a) a colaboração premiada é prova legítima na perspectiva constitucional; b) a declaração incriminadora de um colaborador é prova insuficiente e não constitui, por si mesma, atividade probatória com força mínima para derrubar o princípio da presunção de inocência; c) a aptidão como prova mínima da declaração incriminadora de um imputado é adquirida a partir de que seu conteúdo seja minimamente corroborado; d) se considera colaboração mínima da existência de fatos, dados ou circunstâncias externas que apoiem genericamente a veracidade da declaração; e d) a valorização da existência de corroboração mínima deve ser realizada caso a caso.

6.2.2.

Argumentos Contrários

Ab initio, o que podemos vislumbrar é que o instituto jurídico-penal da colaboração premiada demonstra a incompetência do Estado na atividade de verificação de determinado fato, na atividade investigatória e da busca de se desincumbir de seu ônus probatório em juízo, vale dizer, as dificuldades do Estado em investigar e condenar crimes com qualidade e eficácia.

Para compensar sua ineficiência, impõe ao aplicador do direito a atribuição de recompensa para o agente do delito que aceita denunciar seu comparsa. Essa recompensa varia desde diminuição da pena, mudança para regime penal mais brando, até perdão judicial. Desse modo, o Estado se alia ao criminoso na tentativa de lutar contra determinada organização criminosa, demonstrando, com isso, que não consegue enfrentar e desmantelar a organização criminosa por meios (mais) legítimos do que forçar o criminoso a delatar seu parceiro de crime.

Contudo, com o aumento da criminalidade e da sensação pública de impunidade, a sociedade clama por justiça. O anseio social pela segurança é imediatista, no qual, segundo o vetusto adágio, os fins justificam os meios. O maniqueísmo empregado se baseia na equivocada lógica de que “cidadão de bem” não tem o que temer, não terá problemas com justiça, nem precisará das garantias do direito e do devido processo legal. Assim, tal “cidadão de bem” não há de se importar se, para conseguir um mínimo de eficiência penal, seja necessário destruir garantias individuais tão caras para a humanidade e que foram tão arduamente conquistadas, afinal, segundo o teratológico adágio, cada vez mais utilizado, “direitos humanos para humanos direitos”.

Ao analisarem o instituto da colaboração premiada, Lênio Luiz Streck e André Karam⁵⁵⁷ destacam que não são advogados da causa, mas possuem “procuração da Constituição Federal de 1988 para a qual todo réu é inocente até prova em contrário” e que esta “proíbe prova ilícita e veda pressão sobre acusados”, o mesmo texto constitucional que “dá direito sagrado ao silêncio e que, portanto, não pode fazer com que os investigados sejam presos para ‘abrir o bico’”. Prosseguem afirmando que:

⁵⁵⁷ STRECK, Lenio; KARAM, André. **Vícios privados, benefícios públicos**. Artigo publicado em 13 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2014/12/1561785-lenio-streck-e-andre-karam-vicios-privados-beneficios-publicos.shtml>>. Acesso em: 37 jan. 2018. p. 01.

Se a delação é usada para tanto, é flagrantemente inconstitucional, por violação ao direito ao silêncio e pela vedação de responsabilidade objetiva. Por isso deve ser feita uma *Verfassungskonforme Auslegung* (do alemão interpretação constitucional) para impedir que a delação seja utilizada como forma de pressão e/ou violência psíquica. Do contrário, é moralismo. E autoritarismo. Inútil dizer que culpados devem ser punidos. Mas não a qualquer custo. Não podemos sacrificar os direitos e garantias fundamentais assegurados na Constituição sob o alibi (moralista) de que se pode usar a delação como forma de pressão⁵⁵⁸.

Também para José Carlos Cal Garcia Filho⁵⁵⁹, a discussão da colaboração premiada deve se dar no âmbito de abrangência da Constituição Federal de 1988 e não à sua margem, na medida em que inexistente como instituto jurídico fora do “contexto da função estatal voltada ao esclarecimento de determinados fatos e cuja rigorosa observância dos direitos fundamentais relacionados com o devido processo legal é pressuposto de validade e legitimidade”, vale dizer, “a análise dos institutos jurídicos não pode ser desconectada da realidade”. A partir disso, o citado autor conclui que:

(...) a verificação da constitucionalidade da delação premiada passa obrigatoriamente pelos modos de aplicação da medida. Sob esse ponto de vista, receio ser altamente duvidosa a relação de conformidade entre as normas infraconstitucionais que disciplinam a delação premiada e o texto constitucional⁵⁶⁰.

Rômulo de Andrade Moreira⁵⁶¹ se declara contra a colaboração premiada e se define como “voz isolada no Ministério Público brasileiro”. Indica três principais motivos à não aplicação do instituto: a utilidade prática discutível diante das dúvidas quanto à veracidade da delação; questões éticas, já que o Estado não pode se valer da traição de um malfeitor como método legítimo de investigação; e por se tratar de uma prova ilícita e, portanto, sem autorização legal.

Rômulo de Andrade Moreira⁵⁶² cita como exemplo do quão nefasto pode ser a colaboração premiada, se a situação ocorrer em período eleitoral, sem que o candidato possa provar a tempo que não cometeu o ato que lhe foi atribuído,

⁵⁵⁸ *Idem, Ibidem.*

⁵⁵⁹ GARCIA FILHO, José Carlos Cal. *Op. cit.*, p. 01.

⁵⁶⁰ *Idem, Ibidem.*

⁵⁶¹ SILVA, Rodrigo Daniel. **Código anacrônico: delação premiada é inconstitucional, porque é uma prova ilícita.** Entrevista de Rômulo de Andrade Moreira ao Jornalista Rodrigo Daniel Silva. In: *Revista Consultor Jurídico-ConJur*, 15 de março de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-15/entrevista-romulo-andrade-moreira-procurador-justica>>. Acesso em: 05 fev. 2018. p. 01.

⁵⁶² Rômulo de Andrade Moreira in SILVA, Rodrigo Daniel. *Op. cit.*, p. 01.

amargando insucesso eleitoral, situação que não poderá mais ser revertida. O citado jurista até aceita que seja permitida a confissão e a delação de terceiros, mas não concorda com a premiação disso. Ao ser questionado sobre a constitucionalização da colaboração premiada, é enfático ao afirmar que “não. É inconstitucional, porque é uma prova ilícita. A nossa Constituição proíbe provas ilícitas”.

E, para finalizar seu posicionamento, entende como “inadmissível condenar alguma pessoa tendo como prova exclusivamente a delação premiada”, e prossegue:

Eu, como membro do Ministério Público, acho isto inadmissível em um Estado Democrático de Direito. A delação premiada é “anti-garantista”, porque deixa nas mãos de um criminoso apontar os autores do crime. Ela facilita o trabalho do Estado e põe em perigo a liberdade de outras pessoas. Nunca se sabe os verdadeiros motivos pelos quais o sujeito delata uma pessoa. Ele pode delatar alguém porque não foi beneficiado, por exemplo. Todo delator é um réu confesso e ele não pode ficar impune. É isto que eu não admito, que o Estado deixe de punir um sujeito que confessou a prática de um delito e o premie com a impunidade. O Estado é o Leviatã e tem inúmeros meios de processar alguém⁵⁶³.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello⁵⁶⁴, a colaboração premiada é o mesmo que a violação de princípios que regem a Constituição Federal de 1988, situação muito mais grave, em termos jurídicos, que violar uma norma, destacando que os princípios funcionam como limitadores das políticas criminais e posturas usuais, a exemplo do princípio constitucional do devido processo legal, segundo o qual “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (inciso LIV, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988):

(...) é o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes dos componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo,

⁵⁶³ Rômulo de Andrade Moreira *in* SILVA, Rodrigo Daniel. *Op. cit.*, p. 01.

⁵⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 958-959.

abatem-se as vigas que os sustentam e alui-se toda a estrutura nele esforçada.

Ademais, o uso banalizado das prisões cautelares como forma de antecipar a punição de pessoas supostamente envolvidas em crimes para pressioná-los a confessar crimes e a delatar terceiros, afronta a Constituição Federal de 1988 e seus preceitos eminentemente garantistas de direitos. A punição é importante sim como uma das formas efetivas de combate à criminalidade, contudo não pode se dar a qualquer preço.

Na verificação de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho⁵⁶⁵, a experiência forense tem demonstrado que a colaboração premiada tem sido usada como “recurso atípico à obtenção da liberdade do acusado que se encontra sob prisão temporária ou preventiva”. Prossegue informando que os recentes casos noticiados pelos meios de comunicação de massa:

[...] mostram que a restituição da liberdade de locomoção é utilizada como moeda de troca, como prêmio imediato concedido pela delação. Nesse contexto, o réu delator está despido de garantias. Ele se vê obrigado a abrir mão de seus recursos e ações constitucionais, tais como o habeas corpus, o que só faz aumentar o descompasso entre a delação e o Estado de direito. Por outro lado, estabelece-se entre o acusado, o Ministério Público e o juiz (sobretudo após a homologação) uma bizarra relação de confiança a qual encontra paralelo na precisa lição de Nilo Batista, quando ele descreve os procedimentos de tortura narrados por Nicolau Eymerich [teólogo e inquisidor catalão, 1320-1399], inquisidor geral da Catalunha, entre 1357 a 1360.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho⁵⁶⁶ lembra que na referida descrição “estão presentes alguns dos elementos indicados nos dispositivos legais vigentes no direito brasileiro, especialmente a previsão de que o réu deveria confessar espontaneamente, após lhe serem mostrados os instrumentos de tortura”, sob a justificativa de que tal visão “pode nele infundir sentimentos que resultem na confissão”. Contudo, a situação de maior perplexidade está no fato de que, quando havia confissão, o arguido era conduzido até uma sala livre de qualquer instrumento de tortura, onde confirmava a confissão. Caso não confirmasse, voltava à sala anterior onde a tortura teria continuidade.

⁵⁶⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Delação premiada**: posição contrária. In: *Carta Forense*. São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/delacao-premiada-posicao-contraria/13613>>. Acesso em: 15 jan. 2018. p. 01.

⁵⁶⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Op. cit.*, p. 01.

É nesse particular que, segundo Jacinto Nelson de Miranda Coutinho⁵⁶⁷, existe uma mórbida semelhança entre os procedimentos de tortura narrados por Nicolau Eymerich e os verificados na Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013, notadamente nos casos em que o acordo de colaboração premiada é realizada por quem está preso, eis que:

(...) uma vez homologada a delação, o acusado é posto em liberdade. Por alquimia legal, ele será transformado em testemunha da acusação, com o compromisso de dizer a verdade. Se os depoimentos futuros não confirmarem o que foi declarado sob delação, certamente o arguido retornará ao estado anterior, ou seja, à prisão. O constrangimento físico e moral representado pela prisão, portanto, acaba sendo a mola propulsora da efetividade da delação. Nesses termos, se a efetividade de um instituto jurídico depende do absoluto rompimento com o Estado democrático de direito vigente, é manifesta sua inconstitucionalidade⁵⁶⁸.

No entendimento de Augusto de Arruda Botelho⁵⁶⁹, a colaboração premiada brasileira é uma adaptação malfeita do instituto norte-americano *free bargaining* (barganha livre ou negociação livre), pois “aqui os critérios e benefícios do acordo não são claros como em outros lugares onde se assina um contrato sobre o que se vai oferecer e receber”. Ainda no seu pensar:

Os fins não podem justificar os meios. Não faz sentido a ideia de que para descobrir um fato eu tenho de passar por cima da Constituição Federal de 1988, prendendo ilegalmente pessoas. A delação premiada não pode somente abster-se das circunstâncias do crime. Ela precisa também atender as exigências constitucionais na sua fase investigatória e processual⁵⁷⁰.

Para Pedro Serrano⁵⁷¹, a maior dificuldade da colaboração premiada está no vazamento de informações, uma vez que:

(...) quando há vazamento, cria-se um espetáculo, em que todas as provas do processo são selecionadas, a fim de se ter um ambiente de condenação antecipado, o que é consolidado pela prisão preventiva. Essa promiscuidade que surge de agentes públicos divulgando informações para a imprensa gera um estado de exceção e de polícia e não um estado de direito.

⁵⁶⁷ *Idem, Ibidem.*

⁵⁶⁸ *Idem, Ibidem.*

⁵⁶⁹ Augusto de Arruda Botelho *apud* PEREIRA, Maria Luiza Rezende. *Op. cit.*, p. 01.

⁵⁷⁰ *Idem, Ibidem.*

⁵⁷¹ Pedro Serrano *apud* PEREIRA, Maria Luiza Rezende. *Op. cit.*, p. 01.

Para Cezar Roberto Bitencourt⁵⁷², “a eufemisticamente denominada delação premiada”, mas que na prática se traduz em espécie de “traição bonificada”, inserida na ordem jurídica brasileira em 1990, encontrou terreno fértil até atingir níveis de vulgaridade e atualmente vem sendo defendida pelas autoridades como instrumento imprescindível de combate à criminalidade organizada, diante da falência do Estado nesse intento. Nas suas palavras:

Como se tivesse descoberto uma poção mágica, o legislador contemporâneo acena com a possibilidade de premiar o traidor - atenuando a sua responsabilidade criminal - desde que delate seu comparsa, facilitando o êxito da investigação das autoridades constituídas. Com essa figura esdrúxula o legislador brasileiro possibilita premiar o “alcaguete”, oferecendo-lhe vantagem legal, manipulando os parâmetros punitivos, alheio aos fundamentos do direito-dever de punir que o Estado assumiu com a coletividade.

Nessa linha de raciocínio, não deveria ser possível simplesmente premiar um criminoso confesso, que, para conseguir certa vantagem, especialmente a diminuição da sua pena, opte por “dedurar” seu comparsa, com quem, em algum momento, teve uma relação de confiança e cumplicidade numa arriscada prática de ato ilegal. Até que ponto o Estado pode compensar suas deficiências na realização da justiça premiando condutas imorais? Isso fere de morte o fundamento ético que deve nortear toda a Administração Pública em seu sentido amplo.

Tendo em vista que para fins de colaboração premiada não se questiona previamente sobre os motivos que levaram o delator a colaborar com a justiça em troca de benefícios, se por arrependimento, ódio, vingança, ou por interesses individuais que sobrepujam comportamentos éticos e morais do delator, preferindo trair antigos parceiros para, pelo menos, evitar parte de sua punição, surge a dúvida quanto à legitimidade do Estado em fazer uso de elementos que fomentam a traição e a deslealdade entre parceiros, na medida em que contrariam a ética e a moral esperadas nas ações dos órgãos públicos e, ainda, para alcançar resultados que não foram possíveis pelos meios garantistas por incompetência do próprio Estado.

⁵⁷² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 01.

Conforme Roberto Soares Garcia⁵⁷³, a colaboração premiada “é sempre um ato imoral e aético”, levando-se em conta que a própria vida em sociedade pressupõe o expurgo da traição nas relações sociais e pessoais. Nas suas palavras, “ora a traição é tida como circunstância agravante ou qualificadora do crime, ora, na forma de delação, pode levar à isenção ou à diminuição de pena”.

Não há como se defender, como moralizador e edificante ao Estado, o ato de instigar os administrados a delatar, trair ou mentir um parceiro impelido somente pela vontade de alcançar alguma benesse pessoal, independentemente de sua natureza. Pode-se até argumentar que é melhor desvendar um crime do que mantê-lo sem solução, contudo, o risco de ser a própria delação um engodo é grande, já que quem trai um comparsa para receber um benefício próprio, pode muito inventar informações ou manipulá-las para conseguir o que almeja. Se o próprio Estado admite um comportamento antiético do cidadão, não pode esperar que esse mesmo cidadão retribua às autoridades repressoras com uma postura ética, limitando-se a informar sobre fatos reais e verdadeiros. Mais condizente com o contexto, é se esperar que o colaborador premiado informe ao Estado o que lhe interessa e que seja bem recebido pelas autoridades, para que consiga, no contraponto, o maior benefício possível. Se uma delação, por si só, não pode ser tratada como uma postura idônea do colaborador, imagine-se uma colaboração premiada autorizada pelo Estado.

Inegavelmente o legislador brasileiro vem contrariando a Constituição Federal de 1988, desconsiderando ingentes garantias constitucionais. A população, desconhecadora do que vem a ser efetivamente a garantia de direitos fundamentais, recebe com simpatia a edição de diplomas normativos que afrontam direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal de 1988. Quiçá, pior disso tudo, ainda, é a produção excessiva de leis como se textos normativos tivessem o poder de combater a impunidade reinante no país, especialmente no caso de crimes envolvendo autoridades e os denominados crimes de “colarinho branco”, bastante tolerados pela sociedade, apesar de extremamente nefastos aos administrados.

Conforme Cezar Roberto Bitencourt⁵⁷⁴, “a aplicação, *in concreto*, do instituto da ‘delação’, com certa deturpação interpretativa pode ampliar ainda mais as inconstitucionalidades textuais, dependendo da forma como as autoridades

⁵⁷³ GARCIA, Roberto Soares. **Delação premiada: ética e moral, às favas!** In: *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, ano 13, nº 159, p. 02-03. São Paulo: RBCCrim, fev. 2006. p. 02.

⁵⁷⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, de 2018. p. 01.

colocam em prática a utilização do referido instituto”. Como exemplo cita o Termo de Declarações que presta Paulo Roberto Costa, em 09 de setembro de 2014⁵⁷⁵:

Nesse sentido, pelas informações vazadas na mídia, essas nulidades e inconstitucionalidades são pródigas na “colaboração premiada” celebrada na “operação lava jato”, com o ex-diretor da Petrobras Paulo Roberto Costa. Trata-se, a rigor, de um “acordo de colaboração premiada” eivado de nulidades, mas nulidades absurdamente grotescas, ou seja, decorrentes de negação de garantias fundamentais impostas pelo Ministério Público (negociador da delação) a referido réu e ao seu defensor! Pelo que vazou, foram violadas, dentre outras, as garantias fundamentais da ampla defesa, do devido processo legal, do direito ao silêncio, de não produzir prova contra si mesmo, direito de não se autoincriminar etc. Ou seja, foi imposto ao “delator” que renunciasse {pode?!} - a todos esses direitos constitucionais -, inclusive direitos de ações (afastando a jurisdição do cidadão) (*sic*).

As nulidades e inconstitucionalidades flagrantes do Acordo de Colaboração Premiada firmado por Paulo Roberto Costa, segundo Cezar Roberto Bitencourt⁵⁷⁶, são essencialmente as seguintes:

1) o delator tem que desistir de todos os *habeas corpus* impetrados; 2) deve desistir, igualmente, do exercício de defesas processuais, inclusive de questionar competência e outras nulidades; 3) deve assumir compromisso de falar a verdade em todas as investigações (contrariando o direito ao silêncio, a não se autoincriminar e a não produzir prova contra si mesmo); 4) não impugnar o acordo de colaboração, por qualquer meio jurídico; 5) renunciar, ainda, ao exercício do direito de recorrer de sentenças condenatórias relativas aos fatos objetos da investigação.

Mesmo reconhecendo que o colaborador tem o direito constitucional ao silêncio e a garantia contra a autoincriminação, o acordo invoca textualmente o disposto no parágrafo 14, do artigo 4º, da Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013, para obrigar o colaborador a renunciar esses direitos nos seus depoimentos “que o declarante renuncia, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio, firmando o compromisso legal de dizer a verdade, nos termos do parágrafo 14, do artigo 4º, da Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013”⁵⁷⁷. Desse modo, “invertem a

⁵⁷⁵ CONJUR, Consultório Jurídico. **Termo de Colaboração nº 67**: Termo de Declarações que presta Paulo Roberto Costa, de 09 de setembro de 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/delacao-paulo-roberto-costa3.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2018. p. 01-02.

⁵⁷⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, de 2018. p. 01.

⁵⁷⁷ Termo de Colaboração nº 67 *in* CONJUR, Consultório Jurídico. *Op. cit.*, p. 01.

ordem natural da hierarquia de nosso ordenamento jurídico, e, com um simples acordo, revogam a Constituição Federal de 1988⁵⁷⁸.

O que se deve ressaltar é que as garantias fundamentais do devido processo legal, incluindo o direito de ação e o direito à ampla defesa não podem ser simplesmente renunciados, ainda mais quando se trata de uma colaboração premiada na prática imposta (ainda que seja à base de pressão psicológica). As garantias constitucionais foram criadas justamente para proteger o cidadão dos desmandos do Estado, por isso são essencialmente irrenunciáveis.

Cezar Roberto Bitencourt⁵⁷⁹ identifica como “inconstitucionalidade textual” da Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013 a renúncia ao direito de silenciar, do parágrafo 14, do artigo 4º (“artigo 4º: [...]. parágrafo 14: nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade”). Argumenta que o colaborador é parte no processo e, como tal, “goza de pleno direito ao silêncio”, não podendo uma lei infraconstitucional permitir a renúncia de um direito fundamental do preso de “permanecer calado” (inciso LXIII, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988). Além disso, o “réu simplesmente não está obrigado a fazer prova contra si em circunstância alguma, mesmo na condição de colaborador da justiça” (artigo 5º, incisos LVII e LXII, da Constituição Federal de 1988). Ao final, Cezar Roberto Bitencourt⁵⁸⁰ conclui que hoje, no Brasil, com a legalização da colaboração premiada:

Prende-se para investigar, prende-se para fragilizar, prende-se para forçar a confissão e, por fim, prende-se para desgastar, subjugar, ameaçar e forçar a “colaboração premiada”! [...]. Retornamos à Idade Média, quando às ordalhas e a tortura também tinham objetivo de arrancar a confissão, e também eram cem por cento exitosas! Só falta torturar fisicamente, por que psicologicamente já está correndo! Essa admissão oficial do fundamento das prisões escancara a sua ilegalidade, a sua arbitrariedade e a sua ilegitimidade! (*sic*).

Para Cândido Furtado Maia Neto⁵⁸¹, a colaboração premiada à brasileira é instituto jurídico penal antidemocrático, “esquisito” ou *sui generis*, que funciona, na prática, como uma espécie de tortura psicológica, asseverando que:

⁵⁷⁸ *Idem, Ibidem.*

⁵⁷⁹ *Idem, Ibidem.*

⁵⁸⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, de 2018. p. 01.

⁵⁸¹ MAIA NETO, Cândido Furtado. **Delação premiada e os direitos humanos**: modelo de justiça com tortura psíquica legalizada, imputação generalizada, pena anunciada e condenação antecipada. In: **Revista Jus Navigandi**, ano 19, nº 4169. Teresina, 30 nov. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/34485>>. Acesso em: 09 fev. 2018. p. 01.

A delação no direito penal moderno é pessoal e espontânea; mas não está livre de pressão psicológica; posto que o réu se encontra pressionado pelos termos da investigação, da prisão preventiva, da imputação generalizada ou exacerbada, e de condenação antecipada, em base à severidade das penas cominadas aos crimes que lhe são anunciados. [...]. Hoje, não mais se admite a “tortura física” para fins de confissão ou delação, sendo crime de lesa humanidade e contra o sistema acusatório democrático em base aos direitos humanos. Mas vigora de maneira velada a “tortura psíquica”, na forma de “delação premiada”.

Prossegue argumentando que, à luz dos direitos humanos, uma confissão e/ou uma delação preliminar, para serem consideradas espontâneas, precisam atender a alguns direitos e garantias constitucionais, a saber: o direito ao silêncio ou de permanecer calado; o direito à presunção de inocência enquanto não se comprove legalmente a culpa; o *onus probandi* ou encargo probatório do *Parquet* e o devido processo legal, fase processual adequada para a confissão (interrogatório judicial), após toda produção probatória em base a ampla defesa e o contraditório⁵⁸².

Bruno Lessa Pedreira São Pedro⁵⁸³ também se posiciona no sentido da inconstitucionalidade da colaboração premiada na forma contextualizada na ordem jurídica brasileira. Argumenta, basicamente, que o instituto é alicerçado sobre bases contrárias ao arcabouço principiológico, sem nenhum respaldo constitucional.

De fato, a ordem jurídica brasileira, hoje pautada na Constituição Federal de 1988, reflete os anseios de um povo oprimido e ávido por liberdade, por isso fundamentada em valores e princípios que preconizam a dignidade humana, a solidariedade, a moral e a ética, ambiente nada propício à colaboração premiada, instituto baseado na traição entre indivíduos, o que é repellido pelos valores que regem a conduta humana.

A permanência da colaboração premiada, apesar de sua flagrante e clara inconstitucionalidade e incompatibilidade com os poderes-deveres da Administração Pública como um todo, se deve por figurar como a única solução encontrada para compensar as ineficiências do Estado em investigar e solucionar

⁵⁸² Idem, Ibidem.

⁵⁸³ SÃO PEDRO, Bruno Lessa Pedreira. **A inconstitucionalidade da delação premiada.** In: *Âmbito Jurídico*, ano XV, nº 102. Rio Grande, jul. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11731>. Acesso em: 24 jan. 2017.

crimes complexos como aqueles praticados por organizações criminosas. Para poder inserir a Colaboração premiada na ordem jurídica brasileira, o legislador teve que mitigar valores caros aos cidadãos. Nas palavras de Cândido Furtado Maia Neto⁵⁸⁴:

Disposto como benefício oferecido pelo Estado, que garante ao indiciado ou réu que contribuem com a Justiça, prestando-lhe informação para a resolução de crime, a redução da pena e até mesmo o perdão judicial, percebe-se claramente que o instituto ora em foco, incita o homem à prática de uma conduta repelida pela humanidade, qual seja, a traição, a perfídia, a deslealdade.

Nenhum ordenamento jurídico contemporâneo em consonância com os direitos humanos pode admitir e legitimar a traição e a infidelidade. As regras que autorizam a delação, a traição e a mentira, afrontam os valores humanos mais caros, arduamente consagrados pela Constituição Federal de 1988, como a ética e a moral do povo brasileiro. Com efeito, no contexto das significações éticas, é contraditório pensar que se possa admitir como bom comportamento a delação de um parceiro do crime em benefício próprio. A colaboração premiada pautada na traição e em valores individualistas não se harmoniza com o espírito garantista e humanitário da Constituição Federal de 1988, que tratou de consagrar valores até então mitigados, a exemplo da compaixão, da humanização e da solidariedade, para suplantar os efeitos e ecos da ditadura militar que ainda eram (e são) sentidos.

Para Cândido Furtado Maia Neto⁵⁸⁵ a colaboração premiada é inconstitucional, pois a Constituição Federal de 1988 reflete os valores mais caros dos cidadãos brasileiros, não cabendo espaço para albergar instituto jurídico “fundado na traição e no egoísmo”, por absoluta incompatibilidade com a aceção que se faz normalmente sobre uma conduta moral e ética. É inconstitucional a colaboração premiada na medida em que diverge “dos princípios constitucionais que se consubstanciam nos valores de ética e moral da sociedade”. Neste pensar, a inconstitucionalidade da colaboração premiada extrapola a literalidade do texto constitucional, indo de encontro aos ideais que rodeiam toda a ordem jurídica brasileira.

Ademais, a simples adoção da delação premiada já expõe o reconhecimento da incapacidade do Estado frente às mais variadas formas de ações criminosas e demonstra a aceitação de sua ineficiência ao apurar ilícitos

⁵⁸⁴ MAIA NETO, Cândido Furtado. *Op. cit.*, p. 01.

⁵⁸⁵ *Idem, Ibidem.*

penais, especialmente aqueles praticados por associações criminosas, grupos ou organizações criminosas, alicerçados em complexidade organizacional não alcançada pelo próprio Estado⁵⁸⁶.

Conforme o citado jurista⁵⁸⁷, a sociedade não pode ser penalizada pela incompetência investigativa do Estado com a adoção de institutos jurídicos que subvertam seus valores mais caros. Contaminada com vícios de natureza constitucional, a colaboração premiada deve ser rechaçada do ordenamento jurídico brasileiro.

Jacinton Nelson de Miranda Coutinho⁵⁸⁸ aduz a inconstitucionalidade da colaboração premiada aludindo que sua prática dentro de um sistema processual penal de matriz acusatória, como o brasileiro, ofende o devido processo legal, a inderrogabilidade da jurisdição, a moralidade pública, a ampla defesa e o contraditório, a proibição às provas ilícitas e a proporcionalidade das penas.

A colaboração premiada infere vantagens ao delator, como a diminuição de sua pena, ao mesmo passo em que pode condenar com a pena completa o acusado coautor do mesmo crime. Além disso, em direito penal brasileiro a traição é tratada como hipótese de agravamento da pena, sendo sua eventual redução uma flagrante deslealdade com o direito penal em vigor:

Circunstâncias agravantes: artigo 61: são circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: [...]; II - ter o agente cometido o crime: [...]; c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido; [...]" (Código Penal).

A colaboração premiada, mesmo com todos os incentivos legais, pode não conseguir desvendar todos os meandros que envolvem a conduta delituosa investigada e, ainda, incentivar delações mentirosas. Embora se apresente como única opção para o Estado obter informações privilegiadas sobre crimes de grande dimensão e repercussão, como os crimes de corrupção, é importante destacar que tal prática infringe a ordem jurídica e seus princípios constitucionais norteadores.

Data venia opiniões discordantes, não se pode negar a inconstitucionalidade presente no instituto jurídico da colaboração premiada brasileira, principalmente quando autoriza a privação da liberdade com o intuito

⁵⁸⁶ MARCÃO, Renato. *Idem, ibidem*, p. 01.

⁵⁸⁷ MAIA NETO, Cândido Furtado. *Op. cit.*, p. 01.

⁵⁸⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Op. cit.*, p. 01.

de pressionar e induzir o investigado não apenas a confessar seu crime, mas também de delatar terceiros envolvidos, transgredindo de maneira insolente o direito de permanecer em silêncio e o direito de não produzir provas contra si mesmo. Institutos jurídicos como a colaboração premiada são priorizados em Estados ineficientes em suas investigações e responsabilizações penais, e em períodos de crises, situações que são apontadas como justificantes para que se promova a quebra dos procedimentos normais das investigações criminais, bem como a relativização de direitos constitucionalmente assegurados, causando mais insegurança jurídica, especialmente por dar a liberdade e devolver ao convívio social um criminoso confesso.

Desse modo, com o uso da colaboração premiada, é forçoso reconhecer as deficiências do Estado brasileiro em enfrentar a criminalidade organizada e a tentativa desesperada e imediatista de dar uma resposta à sociedade mesmo que por meio de um mecanismo que viola preceitos éticos e morais, além de se caracterizar como prova ilícita, na medida em que foi gerada para buscar a qualquer custo a verdade dos fatos.

A colaboração premiada constitui sempre, em alguma medida, uma forma de traição entre pessoas, situação que se traduz, em conceito, como ato antiético, mesmo em se tratando de criminosos. O fomento de práticas imorais visando a produção de provas não poderia ser aceito, muito menos legalizado, como procedimento oficial de um Estado de Direito, que tem como função garantir a segurança pública, combatendo a criminalidade e não despender energias com negociações promíscuas com réus que querem se livrar das penas aplicáveis aos crimes que cometeram traindo seus parceiros. Como diz Bruno de Souza Martins Batista⁵⁸⁹:

A delação premiada configura um instrumento que se contrapõe aos preceitos da ética, na medida em que estimula a traição, prática repudiada pela sociedade e pelo ordenamento jurídico, visto numa perspectiva sistemática. Além disso, constitui uma modalidade de prova ilícita, por se transformar num verdadeiro mecanismo de extorsão da prova (verdade) do acusado, legitimado por esse modelo atual de incessante busca por uma suposta “verdade real”, mesmo que para esse fim sejam utilizados instrumentos autoritários e lesivos a direitos fundamentais.

⁵⁸⁹ BAPTISTA, Bruno de Souza Martins. **A inconstitucionalidade da delação premiada no Brasil**. In: *Revista Jus Navigandi*, ano 15, nº 2507. Teresina, 13 maio 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14848>>. Acesso em: 10 fev. 2018. p. 04.

Mais adiante, questiona se a colaboração premiada seria adequada aos valores fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988, principalmente quando põe em risco a dignidade humana ou se seria justificável “defender deslizes éticos como premissas toleráveis em *prol* de avanços no combate à criminalidade”. Lembra que o oferecimento ao delator criminoso da possibilidade de ter sua pena extinta, por meio da traição de seus comparsas, pode caracterizar a institucionalização da perfídia, gerando uma sensação de insegurança generalizada, na contramão de ações que visam promover a consolidação das funções do direito, tais como educar, promover a organização e o controle social, bem como incentivar os comportamentos positivos e reprimir os nocivos, tendo como objetivo final manutenção da ordem e a paz social⁵⁹⁰. Ao final, conclui que:

São questões que devem ser refletidas, entendendo-se que a máxima de que “os fins justificam os meios”, em todos os tempos revelou-se altamente manipulável e, portanto, perigosa. Apesar de útil, a delação premiada tem sacrificado os mais nobres valores em nome de um pretense fim mais alto, qual seja, a segurança. É um instituto que se demonstra dotado de flagrante inconstitucionalidade, por ofender o arcabouço axiológico que sustenta o Estado Democrático de Direito⁵⁹¹.

Como pondera Vicente Ráo⁵⁹², toda lei, para alcançar o fim que se propõe, tem que ser “honestas” em seus preceitos, não podendo conter nenhum elemento de torpeza ou contrário à ética. Assim sendo, o Estado, visando privilegiar um direito penal mínimo e garantista, que preserva as garantias individuais assentadas na Constituição Federal de 1988, não pode incentivar por meio de prêmios, condutas que ofendam a ética, mesmo que, ao final, a sociedade acabe se beneficiando dessa violação. Dito de outra forma, num Estado Democrático de Direito como o brasileiro, que proclama pelos ideais da democracia, os fins não poderão justificar os meios, mas são os meios, que justamente emprestam legitimidade aos fins. Por exemplo, é nesse sentido que a ordem jurídica brasileira veda a utilização da tortura como método de investigação criminal. Assim, mesmo que com o pretexto de se alcançar uma finalidade lícita, o Estado não pode fazer uso de meios antiéticos nem incentivar que os cidadãos se utilizem de expedientes contrários aos meandros da moral.

⁵⁹⁰ BAPTISTA, Bruno de Souza Martins. *Op. cit.*, p. 04.

⁵⁹¹ BAPTISTA, Bruno de Souza Martins. *Op. cit.*, p. 04.

⁵⁹² RAÓ, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 282.

Geraldo Prado⁵⁹³ entende que o uso de instrumentos como a colaboração premiada de um dos réus para fundamentar a prisão e a condenação dos outros réus violaria o princípio constitucional do contraditório, já que:

O entrelaçamento entre estas diversas regras de direito e processo penal demonstra, basicamente, duas coisas: desde 1988, com o advento da nova ordem constitucional, o comportamento processual do acusado não é mais (nem menos) que exercício de autodefesa; daí conclusão segunda, não está sujeito ao contraditório. Vale dizer, [...] o debate contraditório requer, pelo menos, duas pessoas em posições antagônicas, que intervenham perante uma que tem o dever de moderá-las. A atuação em contraditório pressupõe a possibilidade de o ato praticado por uma parte ser contrariado pela outra. Embora o confronto de argumentos integre o contraditório, o réu tem o direito de não produzir prova contra si mesmo e, portanto, pode calar ou mentir, o que leva ao esvaziamento de um possível debate entre o corréu delatado e o delator.

O direito penal garantista é fundamentado especialmente no princípio constitucional do contraditório e ampla defesa, mas a arquitetura da colaboração premiada guarda conexão com uma política criminal que visa ampliar a incidência do direito penal como instrumento de prevenção e combate à criminalidade organizada emergente na sociedade do risco. Esse anseio pelo recrudescimento das penas apontado como única forma de enfrentar os problemas de segurança pública acaba facilitando a sedução da delação. Porém, a premiação do réu delator pode representar séria transgressão à máxima garantia constitucional da dignidade humana, pois além de permitir a extorsão indevida da verdade, afetar a integridade e a legitimidade do processo penal, na medida em que pode produzir uma situação de grande injustiça com uma eventual indicação equivocada de terceiro inocente na busca da esperada redução ou perdão da pena, situação que deve ser levada em consideração para se evitar erros judiciários.

Com a colaboração premiada as provas colhidas vão de encontro com a Constituição Federal de 1988, eis que caso o réu confesse, a Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013 determina que “deverá renunciar o direito ao silêncio, fazendo com que a confissão seja obtida sem que lhe sejam assegurados a ampla defesa e o contraditório, confrontando norma constitucional”⁵⁹⁴.

É previsto, desta forma, porque o colaborador é transformado na principal fonte de prova no processo cuja confissão se torna uma prova suficiente a ensejar

⁵⁹³ PRADO, Geraldo. **Em torno da Jurisdição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 75.

⁵⁹⁴ SANTOS, Priscila Carine de Jesus; DAHER JUNIOR, Paulo Afonso Ribeiro; LEMGRUBER BOECHAT, Wagner Saraiva Ferreira; PARÓDIA, Mariane Silva. PEREIRA, Malu Maria de Lourdes Mendes. p. 15.

a condenação do delator, já que o Estado se mostrou ineficiente neste intento. Desse modo, o legislador infraconstitucional, ao determinar que o delator abra mão do seu silêncio, acabou desrespeitando, mesmo que indiretamente, a garantia constitucional de o indivíduo de não produzir prova contra si mesmo, além de retirar do “advogado todos os mecanismos de defesa, não oportunizando o contraditório e a ampla defesa ao delatado”⁵⁹⁵.

O instituto da colaboração premiada tem gerado muitas discussões e controvérsias, especialmente quanto à validade como meio de prova, a delação de terceiros sem a devida comprovação, o sigilo do acordo especialmente porque o delatado nem sempre poderá ter acesso ao conteúdo da delação contra si, a violação de caros princípios constitucionais como o do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa, do silêncio e de não produzir provas contra si mesmo, bem como a questão ética e moral, dentre outros aspectos. Esses são os principais argumentos apresentados por quem visualiza a inconstitucionalidade da colaboração premiada.

Fabio Fettuccia Cardoso⁵⁹⁶ reconhece que a delação premiada é um instrumento jurídico de direito penal que vem sendo cada vez mais utilizado no Brasil e no mundo, no combate à criminalidade organizada, contudo, na ordem jurídica brasileira a previsão do instituto acaba por relativizar garantias constitucionais pela intimidação e, com isso, isentar as responsabilidades do Estado pela ineficácia em enfrentar esse tipo de criminalidade. Por meio da colaboração premiada o Estado busca a confissão do investigado a todo custo.

Pelo viés fundante da teoria do garantismo penal, o autor⁵⁹⁷ identifica na colaboração premiada “diversas incompatibilidades aos valores constitucionais do sistema acusatório, como o devido processo legal, a dignidade da pessoa humana e o direito ao silêncio, além da abordagem dos riscos, custos e benefícios”.

Também para Aury Lopes Júnior⁵⁹⁸ a colaboração premiada, que define como espécie de “justiça negociada” viola o princípio do contraditório por estabelecer desigualdades entre acusação e defesa, pelos amplos poderes atribuídos ao negociador que neste caso é a acusação. Nas suas palavras:

⁵⁹⁵ *Idem, Ibidem.*

⁵⁹⁶ CARDOSO, Fabio Fettuccia. **Da (in)constitucionalidade da delação (colaboração) premiada.** Artigo publicado em 2017. Disponível em: <<https://fabiofettuccia.jusbrasil.com.br/artigos/463448296/da-in-constitucionalidade-da-delaçao-colaboracao-premiada>>. Acesso em: 10 fev. 2018. p. 01.

⁵⁹⁷ CARDOSO, Fabio Fettuccia. *Op. cit.*, p. 01.

⁵⁹⁸ LOPES Júnior, Aury. **Introdução crítica ao processo penal.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 143.

(...) o que caracteriza o princípio do contraditório é exatamente o confronto claro, público e antagônico entre as partes em igualdade de condições. Essa importante conquista da evolução do Estado democrático de Direito resulta ser a primeira vítima da justiça negociada, que começa a sacrificar o contraditório e por matar a igualdade de armas. Que igualdade pode existir na relação do cidadão suspeito frente à prepotência da acusação, que, ao dispor do poder de negociar, humilha e impõe suas condições e estipula o preço negócio?

Disso infere-se que a colaboração premiada se justifica em fundamentos baseados em punitivismos emergenciais, violando, destarte, todo o sistema acusatório (a função do Estado-juiz é a de um árbitro imparcial entre a acusação e a defesa). Além disso, reaviva resquícios do sistema inquisitorial (o juiz reúne as funções de acusar, julgar e defender o investigado), quando a Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013 exime “o trabalho da acusação em comprovar a responsabilidade penal do acusado, e também ao possibilitar a promoção da ação penal a partir da supervalorização de informações na qual o informante é mantido em sigilo”⁵⁹⁹.

Para Fabio Fettuccia Cardoso⁶⁰⁰ existem características da colaboração premiada que demonstram a “coisificação” do acusado, situação que não se coaduna com a dignidade humana, pois além de tratar o acusado apenas como uma peça a mais no sucesso da investigação, também se estribar em uma desobrigação de responsabilidade penal que poderá ser indigna e, como decorrência, ilegal. Ao final, conclui que a colaboração premiada na forma como regida e aplicada no Brasil, hoje, é eivada de inconstitucionalidades, funcionando como uma maquiagem que disfarça e desvia as atenções do que urge ser feito em termos de segurança pública no Brasil.

Como visto, esta manobra que visa prender os acusados e forçá-los a confessar e a delatar terceiros envolvidos no crime, denominada de “colaboração premiada”, tem suscitado perplexidade e indignação em importantes nomes contemporâneos das ciências criminais.

⁵⁹⁹ CARDOSO, Fabio Fettuccia. *Op. cit.*, p. 01.

⁶⁰⁰ CARDOSO, Fabio Fettuccia. *Op. cit.*, p. 01.

6.3.

A inconstitucionalidade da colaboração no contexto do direito penal do inimigo: vale tudo na persecução penal?

A colaboração premiada surge como instrumento de combate à criminalidade e, já com ampla aplicação nos casos de organizações criminosas, contudo não está livre de críticas, ao contrário, faz parte das grandes discussões doutrinárias contemporâneas no âmbito dos institutos jurídicos, e uma das principais divergências paira sobre a inconstitucionalidade dos Acordos de Colaboração Premiada decorrentes das ofensas aos direitos e garantias fundamentais que eventualmente trazem em seus textos.

A primeira das inconstitucionalidades desses acordos é a renúncia de direitos fundamentais, portanto, irrenunciáveis pela própria natureza jurídica, autorizada pela própria Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013, artigo 4º, parágrafo 14, com o seguinte texto: “nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso de dizer a verdade”.

Como expõe Cândido Furtado Maia Neto⁶⁰¹ a pessoa que confessa o próprio ato criminoso e, além disso, indica um terceiro como coautor ou partícipe de crime, é delator. Já quem presta testemunho ou informações de prática delitivas, sem ter qualquer vínculo com o crime, é colaborador da justiça. Entende que o Estado não pode simplesmente modificar uma delação e transformá-la em colaboração, como se não tivesse condições para apurar o fato ilícito, transferindo essa responsabilidade ao réu, e recompensando-o com algum benefício, como a redução da penal. A confissão já é uma atenuante da pena. A delação faz aumentar essa atenuação.

A renúncia ao direito ao silêncio e o compromisso legal de dizer a verdade é o que caracteriza a colaboração premiada como instituto jurídico da terceira velocidade do direito penal, em razão da relativização de direitos processuais individuais do cidadão, especialmente o *nemo tenetur se detegere*, para que o Estado possa realizar seu *jus puniendi*. As provas obtidas a partir de colaborações premiadas podem ser consideradas ilícitas se não forem antecedidas de uma advertência formal, bem como contaminar todas as provas derivadas (teoria dos

⁶⁰¹ MAIA NETO, Cândido Furtado. *Op. cit.*, p. 01.

frutos da árvore envenenada), na forma do parágrafo 1º do artigo 157, do Código de Processo Penal⁶⁰².

As provas ilícitas propriamente ditas são aquelas obtidas por meio da violação de direitos fundamentais elementares como, por exemplo, a vida privada e o domicílio, a intimidade e a imagem. As provas ilegítimas, ao seu turno, se referem, por exemplo, às provas obtidas por profissionais que em razão da função que exercem estão impedidos de fornecê-las em respeito ao sigilo profissional, como padres, o psicanalistas e advogados.

Além disso, na ordem jurídica brasileira, especialmente em matéria processual penal, só as testemunhas assumem o compromisso de dizer a verdade em seus depoimentos (artigo 203 do Código de Processo Penal⁶⁰³). Ao sujeito ativo de um crime, nunca é solicitado ou imposto que assuma o compromisso de falar a verdade, sendo aceito, inclusive, que confesse o crime e depois se retrate. É que prevalece o princípio do *nemo tenetur se detegere*, conforme uma leitura ampla do artigo 200 do Código de Processo Penal⁶⁰⁴.

A Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013 incorpora, em seu texto, características do direito penal do inimigo, ou seja, possui elementos da terceira velocidade do direito penal, uma vez que, com o objetivo de eliminar o “inimigo da sociedade”, admite que certos direitos constitucionais sejam relativizados. Por meio de institutos jurídicos como o da colaboração premiada, o Estado não pretende dialogar com cidadãos e garantir seus direitos, mas perseguir e ameaçar seus inimigos.

A colaboração premiada, ao ser regida por uma dialética eficientista e implicar em violação de diversos direitos e garantias constitucionalmente garantidos, tanto de direito penal (materiais) quanto de direito processual penal (processuais), pode ser caracterizada como forma de manifestação do direito penal do inimigo. E nesse emaranhado de elementos, o delator, que antes era o “inimigo do Estado”, a partir do momento em que decide abrir mão de seus direitos, todos eles legalmente irrenunciáveis, e colaborar com o Estado, é automaticamente transformado de criminoso, inimigo do Estado, em parceiro, em

⁶⁰² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2014. p. 77.

⁶⁰³ “Artigo 203: a testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade” (Código de Processo Civil).

⁶⁰⁴ “Artigo 200: a confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto” (Código de Processo Penal).

colaborador que merece uma recompensa judicial, um prêmio por ajudar o Estado a desvendar o crime.

Mesmo sendo a colaboração premiada uma confissão espontânea, acontece sob pressão psicológica, pois o réu encontra-se cautelarmente preso ou pressionado pela investigação e pela possibilidade de imputação generalizada ou de condenação antecipada. Mesmo que exista a possibilidade de ser absolvido, apenas em pensar no tempo e no desgaste de um processo judicial pode se sentir coagido a colaborar com a justiça e garantir uma pena mais reduzida mesmo sem saber qual seria a decisão de mérito. A aplicação da colaboração premiada não condiz com os postulados da segurança jurídica do Estado Democrático de Direito e com o sistema acusatório (supostamente) reinante no Brasil.

Grande parte da doutrina pesquisada para este estudo critica a aplicação da colaboração premiada no direito brasileiro, alegando que viola o texto da Constituição Federal de 1988⁶⁰⁵. É que nos acordos de colaboração premiada, o objetivo dos órgãos investigatórios é extrair a confissão do réu e, para tanto, fazem uso de todas as manobras possíveis, pressionando o réu a confessar seus crimes e a delatar eventuais envolvidos, direcionando o acordo no sentido de que a autoridade consiga as informações que lhe interessam.

Uma das táticas mais usadas para isso é a prisão processual. Normalmente os praticantes de crimes financeiros possuem vida confortável e até glamourosa, não se sentem criminosos e não se imaginam reclusos. A possibilidade de prisão, mesmo que cautelar, assusta, então acabam optando pela confissão e delação como formas de reconquistar a liberdade e ter a pena reduzida caso venha a ser condenado. Portanto, não se pode vislumbrar a colaboração premiada como verdadeiramente voluntária.

Da forma como as investigações são conduzidas, com a prisão do réu para que confesse seus crimes, percebe-se claramente que as autoridades investigadoras ou condutoras do processo não praticam tortura física, mas fazem uso de uma espécie de “tortura psicológica” para obterem a informação desejada. Entende-se por tortura psicológica qualquer tipo de humilhação, sofrimento mental e xingamentos. Quem está sob investigação:

(...) fica submetido às autoridades responsáveis pela investigação e ao ser preso será submetido a tratamentos capazes de causar um desequilíbrio mental, atingindo,

⁶⁰⁵ SANTOS, Priscila Carine de Jesus; DAHER JUNIOR, Paulo Afonso Ribeiro; LEMGRUBER BOECHAT, Wagner Saraiva Ferreira; PARÓDIA, Mariane Silva. PEREIRA, Malu Maria de Lourdes Mendes. p. 13.

consequentemente, sua integridade psíquica e moral. Assim, o investigado se desespera e fica mais fácil obter a verdade dos fatos. Importante salientar que os métodos utilizados para manipulação psicológica causam danos da mesma forma que os utilizados para a tortura física⁶⁰⁶.

Além da tortura psicológica que se esconde nas entrelinhas dos acordos de colaboração premiada, forçar o investigado a dizer a verdade também fere preceitos constitucionais. É que num acordo de colaboração premiada, pode acontecer que este não veja a ser homologado, perdendo a força de produzir o efeito do prêmio ao delator. Contudo, nesse momento a confissão já foi feita, o que traduz na produção de provas contra si mesmo e na quebra do direito de ficar calado. O delator só receberá o benefício da colaboração premiada se abrir mão do seu direito de defesa. Assim, ao invés de se defender, aceita atribuir a si mesmo uma conduta criminosa para receber em troca a redução ou extinção da pena. Mas mesmo se a delação não for aceita como prova, permanece válida a confissão de sua prática na ação delituosa sob investigação.

Mesmo bastante utilizada hoje no Brasil sob a justificativa de ser um instrumento imprescindível no combate à criminalidade organizada, a aplicabilidade da colaboração premiada ainda sofre severas críticas especialmente porque os acordos da colaboração premiada até hoje firmados são inconstitucionais em diversos pontos, especialmente porque as autoridades responsáveis pela investigação e pela acusação se valem das prisões processuais e das promessas de recompensa para conseguirem as informações probatórias que precisam. Tão logo consigam o que desejam, restituem a liberdade do investigado, já que esta é condicionada à colaboração premiada. Quando retira do investigado suas garantias e chances de defesa, deixa de válida e passa a ser considerada inconstitucional. Negociações premiadas com confissões precoces poderão ensejar prejuízos ao investigado, na medida em que perde eventuais possibilidades de absolvição no final do processo.

O Estado precisa encontrar outras formas de enfrentar e resolver a criminalidade organizada, sem ter que se socorrer de institutos que ofendem princípios e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 e que são essenciais a todo ser humano e, em especial, à pessoa do acusado.

Não podemos viver em um Estado em que se institucionaliza de forma tão contundente e evidente um instrumento baseado no direito penal do inimigo.

⁶⁰⁶ *Idem, Ibidem.*

A persecução penal não pode ser um “campeonato de vale-tudo”, no qual o acusado é um objeto desprezível e os direitos fundamentais meras folhas de papel, como já dizia Ferdinand Lassalle. Democracia e delação são, portanto, incompatíveis.

7

Conclusão

O direito penal, formado por um conjunto de normas jurídicas que regulam o poder punitivo do Estado, levando em conta os fatos de natureza criminal e as medidas aplicáveis a quem os pratica, apresenta dupla finalidade: de definir as condutas delituosas, concedendo ao Estado o direito de iniciar a persecução penal e garantir o limite estatal de intervenção no direito de liberdade do indivíduo que, em tese, tenha cometido um delito.

O drama do direito penal contemporâneo é conciliar a tutela da segurança social com o das garantias individuais fundamentais da pessoa humana. Na busca de soluções para a questão da criminalidade moderna, acirrados e acalorados debates são levantados sobre a tutela dos bens jurídicos individuais e supraindividuais, a proteção dos direitos humanos, o conceito de conduta e ação delitativa, a imputação objetiva, a prevenção da pena, o simbolismo penal, dando origem aos mais variados entendimentos.

Os argumentos decorrentes podem ser ordenados em três doutrinas que diferem entre si em decorrência do critério jurídico-político adotado pelos idealizadores: a teoria da função penal restrita aos direitos individuais e atrelada à matriz causal (Direito Penal Mínimo); a teoria do Direito Penal do Risco e, por fim, a teoria da dogmática criminal dualista.

Para a teoria da função restrita aos direitos individuais, o Direito Penal é um ramo jurídico criado para intervir apenas em situações excepcionais. Contudo, na atualidade, os riscos produzidos por decisões humanas são de ampla dimensão lesiva, afetando a própria existência humana. Esta tomada de consciência coletiva incrementou inseguranças e a decorrente conclamação do Direito Penal para atuar diante desses novos riscos. De forma imediatista, para dar respostas no sentido de tranquilizar a sociedade, optou-se pela mitigação das garantias clássicas do Direito Penal, instituindo-se o que se chama de “Direito Penal do Risco”. Trata-se de uma expansão desmedida do Direito Penal que, ao contrário, acaba por gerar inseguranças, na medida em que desvaloriza a função garantista e restritiva da função sancionadora. Assim, em face dos riscos advindos das relações sociais contemporâneas, desenvolveu-se a ideia de que o Direito Penal deveria ser estendido para atender também as situações e as necessidades

da sociedade do risco. De fato, o que se percebe é que há uma tendência no sentido de transformar o Direito Penal em um instrumento de política criminal.

A teoria do Direito Penal do Risco ou o “Direito Penal do Inimigo” pretende a funcionalização máxima do Direito Penal, colocando-o no outro extremo da tese da restrição da função penal à tutela de direitos individuais. Tem como linha norteadora basilar a ampliação sistemática do campo de atuação do aparato penal, com a tutela de bens jurídicos supraindividuais e a flexibilização de critérios de imputação.

Traçado nesses moldes, o Direito Penal do Inimigo, baseado na expansão da criminalização, transformaria o Direito Penal em um mero instrumento de política criminal, pondo em xeque o próprio Estado de Direito. Desse modo, verifica-se no debate político criminal a existência de um verdadeiro clima punitivista. Neste sentido, evidencia-se, no que se refere ao Direito Penal Positivo, que a tendência atual do legislador é a de reagir, na luta contra a criminalidade, com um incremento das penas previstas.

Uma via intermédia colocada entre a restrição do Direito Penal à tutela dos direitos individuais e o Direito Penal do Inimigo pretende responder ao problema do paradigma moderno do Direito Penal por meio de “uma política e de uma dogmática criminais duais ou dualistas”.

A intenção é, de um lado, manter a existência de um cerne do Direito Penal, relativamente ao qual permanecem imodificados os princípios do Direito Penal tradicional, dirigido à proteção subsidiária de bens jurídicos individuais, com base na individualização da responsabilidade penal e conseqüentemente na ação, na imputação objetiva e subjetiva, na culpa e na autoria também puramente individuais; de outro instituir uma “periferia jurídico-penal” dirigida especificamente à “proteção contra os novos riscos”, onde aqueles princípios se encontrem adormecidos ou mesmo transformados, cedendo lugar a outros princípios de flexibilização controlada, fundamentados na proteção antecipada de interesses coletivos mais ou menos indeterminados, sem espaço, nem tempo, nem autores, nem vítimas, definidos ou definíveis e, por conseguinte, de menor intensidade garantística.

Recorde-se que, se no Direito Penal Tradicional, a função penal entra em ação como *ultima ratio*, no Direito Penal Moderno traduz-se em uma verdadeira panaceia. A prevenção deixou de ser uma meta secundária da justiça penal para se transformar num paradigma penal dominante. A proteção dos bens jurídicos sempre teve como caráter o critério negativo, figurando como um conceito crítico para nortear o legislador penalista; hoje é considerada uma exigência para que

sejam penalizadas determinadas condutas, convertendo-se em um critério positivo para justificar decisões criminalizadoras.

A orientação das consequências classicamente entendida como um critério complementar para uma correta legislação converteu-se, no moderno Direito Penal, em uma de suas características e na meta principal, marginalizando da política jurídico-penal os princípios de igualdade e de retribuição justa do delito, ferindo o Estado Democrático de Direito.

De fato, o Estado Democrático de Direito se caracteriza principalmente pelo fato de, tanto os governados como os governantes, estarem sujeitos às leis. Cumpre ao Estado a função de aplicar as leis, viabilizando as relações sociais, porém, o direito de punir do Estado encontra limites nos direitos fundamentais dos cidadãos.

É por isso que grande parte dos estudiosos do Direito critica fortemente a teoria do Direito Penal do Inimigo. De fato, a teoria pesquisada afronta os princípios estabelecidos na Constituição Federal de 1988. Em um Estado Democrático de Direito não se pode sequer imaginar a possibilidade de se tratar um indivíduo como objeto de direito. As garantias fundamentais consubstanciadas no artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, não podem ser negligenciadas.

Inegavelmente a teoria do Direito Penal do Inimigo é inconstitucional. No entanto, é preciso ter em linha de conta que a insegurança pública generalizada também afronta os preceitos constitucionais. O próprio artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, insere a “segurança” dentre os “direitos e garantias fundamentais”. Quando o Estado deixa de garantir a segurança pública, age ao arrepio da Constituição Federal de 1988.

É por isso que foram destacados alguns pontos positivos na teoria do Direito Penal do Inimigo que permitem sua compatibilização hermenêutica com o Estado Democrático de Direito.

O Direito Penal do Inimigo não é compatível com o Estado Democrático de Direito, mas pode ser compatibilizado com base no princípio da proporcionalidade que pode autorizar uma relativização dos direitos e garantias fundamentais quando sopesado com interesses que embasariam o combate à criminalidade.

Não existe nenhuma inconstitucionalidade em buscar no princípio da proporcionalidade elementos que justifiquem a flexibilização de certas garantias penais individuais para assegurar a segurança pública, haja vista que numa sociedade em que se exerce de forma plena a democracia plena, a segurança pública acaba por garantir a proteção dos direitos individuais e assegurar o exercício da cidadania.

Ao final do estudo verifica-se que o direito constitucional vigente não autoriza o abandono do princípio *nemo tenetur se detegere* pelo intérprete, na medida em que se trata de um direito garantido pela Constituição Federal de 1988, mais especificamente no inciso LXIII, do artigo 5º, garantindo que o preso seja informado de seu direito de permanecer calado para que possa usufruí-lo, com a função de impor limites ao direito de punir do Estado.

Um Estado Democrático de Direito como o brasileiro não pode ignorar o direito do preso de não produzir prova contra si mesmo, abstraindo do indivíduo seu direito constitucional de permanecer calado, eis que essa é a base que sustenta todo o sistema processual penal acusatório idealizado e instituído para tutelar os direitos do acusado, e não perseguir e punir a qualquer preço.

Ao final, confirmam-se as hipóteses previamente levantadas para nortear a pesquisa:

a) o princípio *nemo tenetur se detegere* está sob ataque por diversos institutos e provisões legislativas;

b) a tendência a se debilitar tal princípio evidencia-se pela sucessão cronológica de legislações que aumentam o poder punitivo do Estado;

c) a atuação mais dura do Estado, através de um discurso de combate à criminalidade e à corrupção se consubstancia em uma política de flexibilização de direitos fundamentais. Tal comportamento Estatal pode ser explicado pela Criminologia, a partir da crítica à teoria do “direito penal do autor”;

d) a preservação do princípio se faz necessária para assegurar o regime democrático e está se dá pela análise crítica de todos os meios institucionais ou parainstitucionais que visam sua flexibilização ou desconsideração;

e) o direito ao silêncio, em especial no interrogatório, constitui um momento crucial para a aplicação do princípio *nemo tenetur se detegere* embora, tanto do ponto de vista legal, quanto prático, o silêncio leve à prejuízo ao acusado; e

f) a colaboração premiada é um instituto que afronta o princípio *nemo tenetur se detegere*, sendo necessário criar obstáculos para sua aplicação desmedida em claro confronto com a Constituição Federal de 1988.

O princípio *nemo tenetur se detegere* significa que ninguém é obrigado a se auto acusar, sendo garantido em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, embora tenha se edificado como garantia fundamental em nosso país somente com o previsto no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal de 1988.

Assim, pode-se concluir que, no processo penal democrático, o acusado possui o direito de decidir livremente sobre quais as manifestações e condutas praticará no processo, sobretudo daquelas que possam lhe acarretar

desvantagens. Há, por conseguinte, duas notas essenciais que preenchem o conteúdo jurídico essencial do *nemo tenetur se detegere*: a liberdade irrestrita, no que tange às declarações do imputado durante interrogatórios formais, sendo ele livre para escolher sobre se deve, ou não, se manifestar; e o direito de não ser compelido, pela força ou por coação, a realizar uma conduta ativa ou positiva que subministre informação em seu prejuízo.

Conclui-se, portanto, que vivemos em uma era de extremos, como já aduzia Eric Hobsbawm. O limite entre a constitucionalidade, legitimidade sistêmica do direito e moralidade, de um lado, é cada vez mais tênue em comparação com a busca por uma suposta eficiência na persecução penal.

Urge, assim, que reafirmemos e brademos nossos direitos fundamentais, notadamente o direito ao silêncio e a vedação à autoincriminação em tempos de trevas como o que vivemos.

8.

Referências bibliográficas

ABELIN, Gabriel. **A inconstitucionalidade da delação premiada, ou a simples legalização da imoralidade**. Artigo publicado em 15 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/10/15/a-inconstitucionalidade-da-delacao-premiada-ou-da-simples-legalizacao-da-imoralidade/>>. Acesso em: 24 nov. 2017.

AKAOWI, Fernando R. Vidal. **Apontamentos sobre a delação**. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 707, p. 430-432. São Paulo: RT, set. 1994.

ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **A garantia de não autoincriminação: extensão e limites**. Belo Horizonte: DelRey, 2008.

ALMEIDA, Ronny Aparecido Alves. **O direito penal do inimigo e sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito**. In: *Revista de crítica jurídica*, periódico quadrimestral de crítica ao direito, vol. 01, p. 21-23. São Paulo: Rditores Adriano de Assis Ferreira e Renata Jardim da Cunha Rieger, mai./ago. 2009.

ANDERSON, Perry. **Linhagens do Estado absolutista**. São Paulo: Brasiliense, 1985.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas**. In: *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*. Coimbra: Almedina, 2009.

ÁNGELES PÉREZ MARÍN, María. **Inspecciones, registros e intervenciones corporales: las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 2008.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7a edição, revista e atualizada. São Paulo. Saraiva, 2008.

ARAS, Vladimir. **A mentira do réu e o art. 59 do CP**. In: *Garantismo Penal Integral*. Salvador: Jus Podium, 2010.

ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. **Os grandes movimentos da política criminal de nosso tempo: aspectos**. Sistema penal para o terceiro milênio: atos do colóquio Marc Ancel. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ASHWORTH, Andrew. **Self-incrimination in European Human Rights Law: a Pregnant Pragmatism?** *Cardozo Law Review*, 2010, p. 765. Disponível em <<http://www.cardozolawreview.com/content/30-3/ASHWORTH.30-3.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2017.

BALDASSARE, Antônio. **Imprensa investigativa em xeque**. In: *Associação Nacional de Jornais*, dezembro de 2002. Disponível em: <<http://www.anj.org.br/jornalanj/index.php?q=node/270&PHPSESSID=83ebaa0507472f288f5367265c7b7b7e>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

BAPTISTA, Bruno de Souza Martins. **A inconstitucionalidade da delação premiada no Brasil**. In: *Revista Jus Navigandi*, ano 15, nº 2507. Teresina, 13 maio 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14848>>. Acesso em: 10 set. 2017.

BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: RT, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3. ed. São Paulo: RT, 2004.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. **Direitos humanos e direito penal: limites da intervenção penal racional no Estado Democrático de Direito**, p. 153-194. In: MENDES, Gilmar; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (coords.). *Direito Penal contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BERMÚDEZ, Ana Carla. **Delação premiada existe desde a Idade Média e foi usada na Inconfidência Mineira**. São Paulo: UOL, 21 de maio de 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/05/21/delacao-premiada-existe-desde-a-idade-media-saiba-mais-sobre-o-conceito.htm?cmpid=copiaecola>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

BÍBLIA SAGRADA. **Novo Testamento**. In: *Livro de Mateus*, Capítulo XXVI e Versículos 14 a 16. Disponível em: <<https://www.bibliaon.com/mateus/>>. Acesso em: 24 nov. 2017.

BILZ, Kenworthy. **Self-incrimination doctrine is dead; long live self-incrimination doctrine: confessions, scientific evidence, and the anxieties of the liberal state**. *Cardozo Law Review*. Disponível em: <<http://www.cardozolawreview.com/content/30-3/BILZ.30-3.pdf>>

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Delação premiada na lava jato está eivada de inconstitucionalidades**. 04 de dezembro de 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-04/cezar-bitencourt-nulidades-delacao-premiada-lava-jato>>. Acesso em: 09 out. de 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Traição bonificada: delação premiada na “lava jato” está eivada de inconstitucionalidades**. In: *Revista Consultor Jurídico*, 04 de dezembro de 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-04/cezar-bitencourt-nulidades-delacao-premiada-lava-jato>>. Acesso em: 22 set. 2017.

BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada**: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BOTTINO, Thiago. **Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal**: uma análise crítica dos acordos firmados na “operação lava jato”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 122. p. 359-390. São Paulo: RBCCrim/RT, set./out., 2016.

BRANDT, Ricardo. **Empreiteiro vai delatar pelo menos dois senadores por propinas**. O Estadão. 27 nov. 2015. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/empreiteiro-vai-delatar-pelo-menos-dois-senadores-por-propinas/>>. Acesso em: 02 out. 2017.

BRASIL, Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 nov. 2017.

BRASIL, Legislação. **Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, de 15 de novembro de 2000 (Convenção de Palermo de 2000). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 20 fev. 2017.

BRASIL, Legislação. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.html>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL, Legislação. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL, Legislação. **Lei nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967**. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250.htm>. Acesso em: 21 dez. 2017.

BRASIL, Legislação. **Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7209.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL, Legislação. **Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em: 21 dez. 2017.

BRASIL, Legislação. **Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986**. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L7492.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL, Legislação. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal de 1988, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 21 dez. 2017.

BRASIL, Legislação. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL, Legislação. **Lei nº 8.884 de 22 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL, Legislação. **Lei nº 9.034 de 03 de maio de 1995**. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. [revogada]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL, Legislação. **Lei nº 9.080, de 19 de julho de 1995**. Acrescenta dispositivos às Leis nºs 7.492, de 16 de junho de 1986, e 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9080.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL, Legislação. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 05 nov. 2017.

BRASIL, Legislação. **Lei nº 9.269, de 02 de abril de 1996**. Dá nova redação ao parágrafo 4º, do artigo 159 do Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9269.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL, Legislação. **Lei nº 9.613 de 03 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL, Legislação. **Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 21 dez. 2017.

BRASIL, Legislação. **Lei nº 9.677, de 02 de julho de 1998**. Altera dispositivos do Capítulo III do Título VIII do Código Penal, incluindo na classificação dos delitos considerados hediondos crimes contra a saúde pública, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9677.htm>. Acesso em: 21 dez. 2017.

BRASIL, Legislação. **Lei nº 9.807 de 13 de julho de 1999**. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9807.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL, Legislação. **Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002**. Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10409.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL, Legislação. **Lei nº 10.792, de 01 de dezembro de 2003**. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm#art52>. Acesso em: 21 dez. 2017.

BRASIL, Legislação. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de

usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 05 nov. 2017.

BRASIL, Legislação. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL, Legislação. **Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL, Legislação. **Lei nº 12.694 de 24 de julho 2012**. Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 07 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis nos 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12694.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL, Legislação. **Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 22 nov. 2017.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal**: fundamentos para um sistema penal democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CALLEGARI, André Luís; DUTRA, Fernanda Arruda. **Direito penal do inimigo e direitos fundamentais**. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 862, p. 429-442. São Paulo: RT, ago. 2007.

CAMARGO, Luis Leite de; D'URSO, Luiz Flávio Borges. **A construção da cidadania**. In: *OAB/Hortolândia*, 12 de agosto de 2010. Disponível em: <<https://oabhortolandia.wordpress.com/2010/12/08/a-construcao-da-cidadania/>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

CANOTILHO, José João Gomes. BRANDÃO, Nuno. **Colaboração premiada**: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da operação lava jato. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 133, p. 133-171, jul. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 11. ed., vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARDOSO, Fabio Fettuccia. **Da (in)constitucionalidade da delação (colaboração) premiada**. Artigo publicado em 2017. Disponível em: <<https://fabiofettuccia.jusbrasil.com.br/artigos/463448296/da-in-constitucionalidade-da-delacao-colaboracao-premiada>>. Acesso em: 10 set. 2017.

CARIOCA, Jairo. **Ministério Público Estadual confirma aumento de crimes do tráfico de drogas no Acre**. Redação da AC24horas, de 19 de abril de 2013. Disponível em: <<http://www.ac24horas.com/2013/04/19/ministerio-publico-estadual-confirma-aumento-de-crimes-do-traffic-de-drogas-no-acre/>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição**: princípios constitucionais do processo penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO, Salo de. **Reincidência e antecedentes criminais**: abordagem crítica desde o marco garantista. In: *Revista da Ajuris*, vol. 76. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 1999.

CARTA CAPITAL, 01 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/politica/fundamental-para-a-lava-jato-delacao-premiada-e-alvo-de-controversia-no-brasil-5914.html>>. Acesso em: 12 ago. 2017.

CAVALCANTI, Fernando da Cunha. **A delação premiada e sua (in) conformidade com a Constituição Federal**. In: *Âmbito Jurídico*, ano XIV, nº 87. , Rio Grande, abr. 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9380&revista_caderno=22>. Acesso em: 25 ago. 2017.

COELHO, Lauro Machado. **Caso Dreyfus**: a fraude que revoltou a França. A história da fraude jurídica armada pelo Exército francês que condenou um capitão à prisão perpétua. Publicado em 31 maio 1994. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/historia/caso-dreyfus-a-fraude-que-revoltou-a-franca>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

CONJUR, Consultório Jurídico. **Termo de Colaboração nº 67**: Termo de Declarações que presta Paulo Roberto Costa, de 09 de setembro de 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/delacao-paulo-roberto-costa3.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

COSTA, Fernanda Otero. **Aquém da paz e além da guerra**: uma análise jurídica e sociológica do direito penal do inimigo. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 94. p. 57-85. São Paulo: RBCCrim/RT, jan./set. 2012.

COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: RT, 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Delação premiada**: posição contrária. In: *Carta Forense*. São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.carteforense.com.br/conteudo/artigos/delacao-premiada-posicao-contraria/13613>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

CRESPO, Eduardo Demetrio. **O direito penal do inimigo *darf nicht sein!***: sobre a ilegitimidade do chamado direito penal do inimigo e a ideia de segurança. In: *Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais*, vol. 04. p. 122-152. São Paulo: RT, jan./jun. 2006.

DAGOSTINO, Rosanne. **Delatores da Lava Jato**: veja o que disseram antes e depois de acordos. O Globo, 26 ago. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/2015/08/delatores-da-lava-jato-veja-o-que-disseram-antes-e-depois-de-acordos.html>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

DALLAGNOL, Deltan. **Lava Jato não usa prisões para obter colaboração de réus**. UOL Notícias, 17 nov. 2015. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/opiniaocoluna/2015/11/17/lava-jato-nao-usa-prises-para-obter-colaboracao-de-reus.htm>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Pena de morte**: um assassinato inútil. In: *DHNet*, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/penamorte/dalmodallari.html>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. 9a edição. Forense, 2014. VitalBook file.

DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. **O direito à não auto inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português**. 1ª ed. Lisboa: Coimbra, 2009

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral - questões fundamentais - a doutrina geral do crime**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. **O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”**. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 33, p. 39. São Paulo: RBCCrim/RT, ago. 2001.

DIAS, Pamella Rodrigues; SILVA, Erik Rodrigues da. **Origem da delação premiada e suas influências no ordenamento jurídico brasileiro**. Artigo publicado em 2014. Disponível em: <<https://rafael-paranagua.jusbrasil.com.br/artigos/112140126/origem-da-delacao-premiada-e-suas-influencias-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 22 ago. 2017

DIAS NETO, Theodomiro. **O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 19, p. 179-204, jul/set 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil - vol. III**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005

DINIZ, Antônio. **Velocidades do direito penal: primeira à quinta velocidade**. Publicado em 09 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://dinizdicas.blogspot.com.br/2016/09/velocidades-do-direito-penal-primeira.html>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

DOTTI, René Ariel. **Princípios fundamentais do direito penal brasileiro**. Publicado em abril de 2005. Disponível em: <http://www.aidpbrasil.org.br/docs/princ%C3%ADpios_fundamentais_direito_penal_brasileiro.PDF>. Acesso em: 29 nov. 2017.

EFE, Agência de Notícias. **Europol detecta aumento de ataques terroristas na Europa em 2012**. Notícia Publicada em 25 de abril de 2013. Agência EFE S/A. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/mundo/europol-detecta-aumento-de-ataques-terroristas-na-europa-em-2012,aa198a2ee314e310VgnCLD2000000dc6eb0aRCRD.html>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

ESPAÑA. **Constitución Española**. Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=15&fin=29&tipo=2>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

EUA, Estados Unidos da América. **Fifth Amendment**. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex/fifth_amendment>. Acesso em: 12 nov. 2017.

EVANGELISTA DE JESUS, Damásio. **Delação premiada**. In: *Revista Justilex*, ano IV, nº 50, p. 26-27. Brasília, fev. 2006.

EVANGELISTA DE JESUS, Damásio. **Direito penal do inimigo**: breves considerações. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, nº 1653, 10 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10836>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

EVANGELISTA DE JESUS, Damásio. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. São Paulo: Saraiva. 2. ed. 1996.

FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide. **Sigilo no processo penal, eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradutores: Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRARI, Eduardo Reale. **Legislação penal antitruste**: direito penal econômico e sua acepção constitucional. In *Revista Direito e democracia*, vol. 06, nº 02, p. 287-524. Canoas/RS: ULBRA, 2005.

FERRAZ, Denise Nóbrega. **Crimes de perigo abstrato**: a tutela de bens jurídicos supraindividuais no direito penal moderno. In: *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, ano 14, Edição Especial, p. 07-53. Brasília: FESMPDFT, dez., 2006.

FERREIRA, Luciano Alberto; SILVA, Marcos Pereira da. **Garantias liberais e eficácia repressiva**: controvérsias da colaboração premiada na persecução de crimes econômicos no Brasil. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 137, p. 197-222. São Paulo: RBCCrim/RT, nov. 2017. p. 202.

FICHTE, Johann Gottlieb. **Reivindicação da liberdade de pensamento**. Tradutor: Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1982.

GALHARDO, Ricardo; HUPSEL FILHO, Valmar. **Ecos do Mensalão**. O Estadão, 31 mai. 2015. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,ecos-do-mensalao,1697486>>. Acesso em: 11 out. 2017.

GARCIA FILHO, José Carlos Cal. **Delação premiada ofende direitos fundamentais previstos na Constituição**. In: *Revista Consultor Jurídico*, 08 de outubro de 2014. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2014-out-08/cal-garcia-filho-delacao-premiada-viola-direitos-fundamentais?imprimir=1>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

GARCIA, Janaína. **Onda de violência está ligada a aumento de chacinas na Grande São Paulo, dizem especialistas**. In: *Uol* São Paulo, 25 de abril de 2013. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/04/25/onda-de-violencia-esta-ligada-a-aumento-de-chacinas-na-grande-sao-paulo-dizem-especialistas.htm>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

GARCÍA, Nicolás Rodríguez. **La justicia penal negociada: experiencias de derecho comparado**. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1997.

GARCIA, Roberto Soares. **Delação premiada: ética e moral, às favas!** In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 13, nº 159, p. 02-03. São Paulo: RBCCrim, fev. 2006.

GERLACK NETO, Martinho Otto. **Dicionário técnico-jurídico de direito penal e processual penal**. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. **O direito penal das velocidades**. Artigo publicado em 2007. Disponível em: <http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/9QA16cjm4CBnEH_2014-12-15-19-0-56.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2017.

GIL HERNANDEZ, Ángel. **Intervenciones corporales y derechos fundamentales**. Madrid: Colex, 1995.

GIRARD, Charlotte. **Culpabilité et silence en droit comparé**. Paris: L'Hamattan, 1997.

GLOBO, O. Operação **Lava Jato**. Disponível em: <<http://especiais.g1.globo.com/politica/2015/lava-jato/linha-do-tempo-da-lava-jato/>>. Acesso em: 11 out. 2017.

GODOY, Arnaldo. **Caso Callas, o processo da intolerância religiosa**. In: *Revista Consultor Jurídico*, 20 de setembro de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-20/embargos-culturais-callas-processo-intolerancia-religiosa>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo, RT, 1997.

GOMES DA SILVA, Luzia. **Análise histórica do sistema penitenciário: subsídios para a busca de alternativas à humanização do sistema prisional**. Postado em 26 de novembro 2012a. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/an%C3%A1lise-hist%C3%B3rica-do-sistema-penitenci%C3%A1rio-subs%C3%ADdios->

para-busca-de-alternativas-%C3%A0-humaniza%C3%A7>. Acesso em: 30 nov. 2017.

_____. **O direito penal na sociedade do risco**: um contributo à construção do paradigma penal das sociedades democráticas contemporâneas. Publicado em novembro de 2012b. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-direito-penal-na-sociedade-do-risco-um-contributo-%C3%A0-constru%C3%A7%C3%A3o-do-paradigma-penal-das-soc>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

_____.; CASTRO, Júlio Cezar da Silva. **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais no Brasil**: passeio histórico-político. São Paulo: Baraúna, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **Críticas à tese do direito penal do inimigo**. Publicado em 15 de outubro de 2004. Disponível em: <http://www.mundolegal.com.br/?FuseAction=Artigo_Detalhar&did=15528>. Acesso em: 29 nov. 2017.

_____. **Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)**. In: *Jurídica Eletrônica Unicoc*, nº 02, out. 2005. Disponível em: <http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivOLD_47.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2017.

GOMES, Marcus Alan de Melo. **Crítica à cobertura midiática da operação lava jato**. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 122, p. 229-253. São Paulo: RT, set./out., 2016.

GOMES, Rodrigo. **Violência disparada no Estado de São Paulo com aumento de 26% dos casos de estupro na Capital**. Publicado em Segunda, 25 de abril 2013. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/cidades/2013/04/estatistica-de-seguranca-publica-indica-aumento-da-violencia-em-sao-paulo>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

GUERRERO, Macarena. ***El praemium civitatis en la lex Acilia repetundarum***: ¿incentivo para reprimir el abuso de poder?. In: *Diritto @ Storia, Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, anno XIII, Quaderno nº 12, Nuova Serie, Sassari SS, Itália: UNISS, 2014. Disponível em: <<http://www.dirittoestoria.it/12/pdf/Guerrero-Praemium.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

GUTENBERG, Instituto. **Por que a imprensa destaca a notícia de acusação e depois abrandou ou omite a notícia de absolvição?** In: *Boletim*, nº 2, abril de 1995. Disponível em: <<http://www.igutenberg.org/emquest2.html>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação**. Campinas: Bookseller, 2005.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HELMHOLZ, Richard. H. et al. The privilege against self-incrimination: its origins and development. Chicago: The University of Chicago Press, 1997.

HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. Coleção a Obra-Prima de cada Autor. São Paulo: Editora Martin Claret Ltda., 2006.

_____. **Leviatã**: matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

HOLTJE, Leo van. **Direito constitucional**. 5. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2009.

IANNI, Octavio. **Teorias da Globalização**. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal del enemigo**. Trad. Manuel Cancio Meliá. Madri: Civitas, 2003.

_____. **Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad**. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMES-JARA DÍEZ, Carlos (Orgs.). *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. vol. 02. Buenos Aires: Euros Editores, 2006.

JANUÁRIO, Daniel. **A evolução histórica do princípio contra a autoincriminação no cenário mundial e no direito brasileiro**. Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR, Foz do Iguaçu, v. 11, n. 1, p. 45-52, jan/jun, 2008.

JARDIM, Afranio Silva. **Acordo de cooperação premiada: quais são os limites?**. Rio de Janeiro, 23 de maio de 2016. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/backup/acordo-de-cooperacao-premiada/>>. Acesso em: 24 ago. 2017.

KANT, Immanuel. **Para a paz perpétua**. Estudo introdutório. Ensaio sobre Paz e Conflitos, vol. V. Tradução: Joám Evans Pim; Bárbara Kristensen. Rianxo: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006

KARAM, Maria Lúcia. **A esquerda punitiva**. Artigo publicado em 08 de março de 2015. Disponível em: <<http://aldeianago.dominiotemporario.com/artigos/7-cidadania/10249-a-esquerda-punitiva-por-maria-lucia-karam>>. Acesso em: 12 fev. 2017.

KARAM, Maria Lúcia. **Expansão do poder punitivo e violação de direitos fundamentais**. Publicado em 10 de novembro de 2006. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

LEAL, Rogério Gesta. **A responsabilidade penal do patrimônio ilícito como ferramenta de enfrentamento da criminalidade**: instrumentos de direito material e processual. Porto Alegre: FMP, 2017.

LIMA, José Antonio Farah Lopes de. **Delação premiada**: aspectos psicológicos e jurídicos. Artigo publicado em 23 de janeiro de 2016. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/backup/delacao-premiada-aspectos-psicologicos-e-juridicos/>>. Acesso em: 24 ago. 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

LOPES JÚNIOR., Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. **Introdução crítica ao processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Limite penal**: com delação premiada e pena negociada, direito penal também é lavado a jato. *In: Revista Consultor Jurídico*, 24 de julho de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delacao-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato>>. Acesso em: 12 fev. 2017.

LOPES, Cláudio Ribeiro. OTAVIANO, Luiz Renato Telles. **Constatações e considerações sobre o conceito de inimigo no direito penal contemporâneo**. *In: Revista de Ciências Sociais*, vol. 14, p. 107-116. Fortaleza: RCS, jan./jun. 2011.

LUISI, Luis. **Os princípios penais constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

LUCHETE, Felipe. Colaborador sem credibilidade: Delação de Youssef é inválida, afirma ex-ministro Gilson Dipp. *Consultor Jurídico*, 07 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-07/delacao-youssef-invalida-afirma-ex-ministro-gilson-dipp>>. Acesso em: 28 fev. 2017.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MAGALHÃES, Álvaro. **Latrocínio puxa alta de mortes de Policiais Militares em São Paulo**. Notícia publicada em 13 de maio de 2013. Disponível em: <<http://www.diariosp.com.br/noticia/detalhe/50248/Latrocínio+puxa+alta+d e+mortes+de+PMs+em+SP+>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

MAIA NETO, Cândido Furtado. **Delação (colaboração) premiada e os direitos humanos**: modelo de justiça com tortura psíquica legalizada, imputação generalizada, pena anunciada e condenação antecipada. *In: Empório do Direito*, 06 de novembro de 2015. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/backup/delacao-colaboracao-premiada-e-os-direitos-humanos-modelo-de-justica-com-tortura-psiquica-legalizada-imputacao-generalizada-pena-anunciada-e-condenacao-antecipada-por-candido-furtado-maia/>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1951, tomo I.

MARCÃO, Renato. **Delação premiada**. *In: Revista de Doutrina da 4ª Região*, nº 10. p. 01-05. Porto Alegre: Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região - EMAGIS, jan. 2006.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000, v.2

MARTÍN, Luis Gracia. **El derecho penal moderno del Estado Social y Democrático de Derecho**. Universidad de Zaragoza. Suprema Corte de La Justicia de la Nación. Zaragoza-ES: UNIZAR, [s.d.]. Disponível em: <<https://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/sites/default/files/Lecturas/EI%20Derecho%20Penal%20Moderno.pdf>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

MASI, Carlo Velho; MOREIRA, Renan da Silva. **Criminologia cultural e mídia**: um estudo da influência dos meios de comunicação na questão criminal em tempos de crise. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 108, p. 437-460. São Paulo: RBCCrim, mai./jun. 2014.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal organizado**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

MCCOY, Thomas R.; MIRRA, Michael J. **Plea bargaining as due process in determining guilt**. *In: Stanford Law Review Journal*, vol. 32, nº 05, p. 887-941. California: Stanford University, may, 1980.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Valérie de Campos. **Globalização, regionalismo e ordem internacional**. *In: Revista Brasileira de Política Internacional*, vol. 42, nº 01, p. 157-181. Brasília: RBPI, jan./jun. 1999

MENDES, Soraia R. **Editorial dossiê “colaboração premiada e justiça criminal negocial”**: novos e múltiplos olhares. *In: Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 03, nº 01, p. 31-38. Porto Alegre, jan./abr. 2017.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado: Aspectos Gerais e Mecanismos Legais**. 5a edição. Atlas, 2015. p. 131. VitalBook file.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **A participação do Brasil em convenções internacionais sobre o combate à corrupção**. [S.l.: s.n.].2015. Disponível em:

<https://bvc.cgu.gov.br/bitstream/123456789/2736/1/participacao_do_Brasil_em.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **MPF lança campanha internacional de combate à corrupção**. 2015. Disponível em:

<http://corrupcaonao.mpf.mp.br/noticias/copy_of_noticia-1>. Acesso em: 09 jun. 2017.

MOGENDORFF, Janine Regina. **A Escola de Frankfurt e seu legado**. In: *Revista Verso e Reverso*, vol. XXVI, nº 63, p. 152-159. São Leopold-RS: Unisinos, set./dez., 2012.

MORAES, Maurício Zanoide de; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Direito ao silêncio no interrogatório**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 133-147, abr/jun, 1994.

MORAES, Vinicius Borges de. **Concepções jusfilosóficas do direito penal do inimigo**: uma análise sobre os fundamentos da teoria de Günther Jakobs. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 74, p. 09-34. São Paulo: RBCCrim/RT, set./out. 2008.

MOURA, Sanderson. **A opinião pública, a justiça e o bom juiz**. Artigo publicado em 09 de abril de 2005. Rio Branco - Acre: Universidade Federal do Acre - FAC. Disponível em: <<http://www.ufac.br/imprensa/2005/abril/artigo2005.html>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal y controle social**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1985.

MUSEU DA CORRUPÇÃO. **Linha do tempo**. Disponível em: <<http://www.muco.com.br/home.htm>>. Acesso em: 09 jun. 2017.

NASHERI, Hedieh. **Betrayal of due process**: a comparative assessment of plea bargaining in the United States and Canada. Lanham: University Press of America, 1998.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. 29. ed., vol. 01. São Paulo: Saraiva, 1991.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Interrogatório, confissão e direito ao silêncio no processo penal**. Universitária - Revista do Curso de Mestrado em Direito das Faculdades Integradas de Toledo. v. 3, n. 1, p. 27-41, jul., 2002.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 3. ed. São Paulo: RT, 2007,

_____. **Código de processo penal comentado**. 8a edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Provas no Processo Penal**. 4a edição. Forense, 2015. VitalBook file.

_____. **Organização Criminosa**. 2a edição. Forense, 2015.

NUNES, Paulo. **Conceito de aldeia global**. In: *Ciências Econômicas e Empresariais - Gestão*, 19 de junho de 2008. Disponível em: <<http://www.knoow.net/cienceconempr/gestao/aldeiaglobal.htm>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

NUNES, Samuel. **Acordo de Youssef livra doleiro do Caso Banestado**. O Globo, 22 jan. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2015/01/acordo-de-youssef-livra-doleiro-do-caso-banestado-diz-advogado.html>>. Acesso em: 1 dez. 2017.

OEA, Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969**. Pacto de San José de Costa Rica. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18a edição. Atlas, 2014.

ORTIZ, Juan Carlos. **La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia**. In: *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 03, nº 01, p. 39-70. Porto Alegre, jan./abr. 2017.

PASTRE, Diogo Willian Likes. **O instituto da delação premiada no direito processual penal brasileiro**. In: *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, ano IX, nº 53, p. 57-77. São Paulo: IOB Thomson, dez./jan., 2009.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Compatibilização constitucional da colaboração premiada**. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 929, p. 319-358. São Paulo: RT, mar. 2013.

PEREIRA, Maria Luiza Rezende. **Delação premiada e a Operação Lava Jato**. Publicado em março de 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56713/delacao-premiada-e-a-operacao-lava-jato>>. Acesso em: 05 fev. 2017.

PEREIRA, Nicolle Bolfarini Guiotti Campanatti. **Constitucionalidade da colaboração premiada: indícios de common law no processo penal brasileiro**. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional - RDCI*, vol.

103, p. 247-265. São Paulo: RDCI e Fundação Thomson Reuters. Set./out., 2017.

PIAIA, Raphael L. **O julgamento de Sócrates**. Artigo elaborado em dezembro de 2010. Disponível em: <<https://vdocuments.site/download/o-julgamento-de-socrates-559ca28d69519>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

PINHEIRO, Aline. **Segredo de justiça**: a regra é a publicidade dos autos, diz desembargadora. *In: Dica Jurídica*, 09 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://www.abm.org.br/integradica.asp?quem=44>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

PINHEIRO, Paulo Roberto Meyer; *Et all.* **O papel da mídia e o clamor público: reflexões sobre a ameaça ao garantismo**. *In: Revista de Direitos Fundamentais e Justiça - DFJ*, ano 11, nº 36, Belo Horizonte: Fórum, jan./jun. 2017.

PITTMAN, R. Carter. **The Colonial and Constitutional History of the Privilege Against Self-incrimination in America**. Disponível em: <http://www.rcarterpittman.org/essays/Bill_of_Rights/Privilege_Against_Self-Incrimination.html>. Acesso em: 24 ago. 2017.

PRADO, Geraldo. **Em torno da Jurisdição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas**: teoria e interpretação dos tribunais superiores. 2. ed., rev. e atual. Niterói: Impetus, 2009.

PRITTWITZ, Cornelius. **O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo**: tendências atuais em direito penal e política criminal. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 47, p. 31-45. São Paulo: RBCCrim/RT, mar./abr., 2004.

PUIG, Santiago M. **Direito penal**: fundamentos e teoria do delito. Tradução por Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

QUERO, Caio. **Rio de Janeiro tem salto de 24% em notificações de estupro em 2012**. Brasília: BBC Brasil no Rio de Janeiro, atualizado em 01 de abril, 2013. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/04/130329_estupro_rio_cq.shtml>. Acesso em: 30 nov. 2017.

RAHAL, Flavia. **Publicidade no processo penal**: a mídia e o processo. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 47, p. 270-283. São Paulo: RT, mar./abr., 2004.

RANGEL, Carlos Eduardo de Araújo. **A delação premiada no discurso jurídico anticorrupção**: o advento de um “Ministério Público Inquisidor” e seu apetite pela “verdade libertadora medieval”. Artigo publicado em 22 de dezembro de 2015. Disponível em: <<http://emporiadodireito.com.br/leitura/a-delacao-premiada-no-discurso-juridico-anticorruptao-o-advento-de-um-ministerio-publico-inquisidor-e-seu-apetite-pela-verdade-libertadora-medieval>>. Acesso em: 12 fev. 2017.

RANGEL, Paulo, BACILA, Carlos Roberto. **Lei de Drogas: Comentários Penais e Processuais**. 3a edição. Atlas, 2015. VitalBook file.

RAÓ, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REDMAYNE, Mike. **Rethinking the privilege against self-incrimination**. Oxford Journal of Legal Studies, Disponível em: <<http://ojls.oxfordjournals.org/cgi/content/short/gql001v1>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

ROSA, Fábio Bittencourt da. **Da vingança de sangue ao direito penal do inimigo**. Publicado em 27 de janeiro de 2011. Disponível em: <<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=15,67,1,0,1,0>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

ROSSETTO, Ênio Luiz. **A confissão no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2001.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores. Publicado em 2002. Disponível em: <<http://www.jahr.org>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

SALE, Silvia (dir.). **Os 10 países que concentram 75% dos ataques terroristas no mundo**. In: *BBC Brasil*, de 18 agosto 2017. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/institucional-36202452>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

SALERNO, Daniela; ARCOVERDE, Leo. **Brasil registra a abertura de um processo por corrupção a cada seis horas, diz estudo**: levantamento feito a pedido da GloboNews pesquisou dados de todos os Diários Oficiais da Justiça entre 2007 e 2016, e encontrou 13.806 processos que incluíam a acusação de crime de corrupção. In: *GloboNews*, São Paulo, 24 de outubro de 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/brasil-registra-a-abertura-de-um-processo-por-corrupcao-a-cada-seis-horas-diz-estudo.ghtml>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

SANTOS, Priscila Carine de Jesus; DAHER JUNIOR, Paulo Afonso Ribeiro; LEMGRUBER BOECHAT, Wagner Saraiva Ferreira; PARÓDIA, Mariane Silva. PEREIRA, Malu Maria de Lourdes Mendes. **A (in) constitucionalidade dos acordos de delação premiada em face do**

princípio do devido processo legal. Artigo publicado em 2016. Disponível em:

<http://unifia.edu.br/revista_eletronica/revistas/direito_foco/artigos/ano2016/002_inconstitucionalidade_acordo_delacao.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2017.

SÃO PEDRO, Bruno Lessa Pedreira. **A inconstitucionalidade da delação premiada.** In: *Âmbito Jurídico*, ano XV, nº 102. Rio Grande, jul. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11731>. Acesso em: 24 ago. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SENADO Federal. **Código Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal:** recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. In: *Institucional/Biblioteca Digital - Livros Raros*. Brasília; Serviço de Biblioteca Digital - SEBI, 2017. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

SILVA DIAS, Augusto; RAMOS, Vânia Costa Ramos. **O Direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português.** Coimbra ed., 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo.** Barcelona: José María Bosch, 1992.

_____. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales.** 2. ed., rev. e ampl. España: Civitas, 2001.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas:** aspectos penais e processuais da Lei 12.850/2013. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, Jorge Vicente. **Comentários à nova lei antidrogas - manual prático:** direito material e processual penal. Curitiba: Juruá, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Marcelo Amaral da. **Digressões acerca do princípio constitucional da igualdade.** In: *Jus Navigandi*, ano 7, nº 66, Teresina, jun. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4143>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Características de um direito penal do risco.** In: *Jus Navigandi*, ano 12, nº 1816. Teresina, 21 jun. 2008.

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11390>>. Acesso em: 20 nov. 2017. p. 01.

SILVA, Rodrigo Daniel. **Código anacrônico**: delação premiada é inconstitucional, porque é uma prova ilícita. Entrevista de Rômulo de Andrade Moreira ao Jornalista Rodrigo Daniel Silva. In: *Revista Consultor Jurídico-ConJur*, 15 de março de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-15/entrevista-romulo-andrade-moreira-procurador-justica>>. Acesso em: 05 fev. 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 798. p. 23-50. São Paulo: RT, 2002.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. **Direito penal do inimigo, ou um direito penal pelas metades**. In: *Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais*, vol. 12. p. 213-230. São Paulo: RT, jan./jun. 2010.

SOUZA, Luciano Anderson de; FERREIRA, Regina Cirino Alves. **Discurso midiático penal e exasperação repressiva**. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 94, p. 363-384. Paulo: RT, jan./fev., 2012.

SOUZA, José Barcelos de. "Bafômetro", intervenções corporais e direitos fundamentais. In: SOUZA, José Barcelos de. Recursos, artigos e outros escritos: doutrina e prática civil e criminal. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

STF, Supremo Tribunal Federal. **Acordo de Delação Premiada de Alberto Youssef**. Ofício nº 4.394, de 19 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/acordo-delacao-premiada-alberto-youssef.pdf>>. Acesso em: 01 de nov. de 2017.

STF, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 107.638 / PE**. Primeira Turma. Relatora Cármen Lúcia. Julgamento em: 13 de setembro de 2011. Publicado no DJe-187 de 28 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

STRECK, Lênio Luiz. Senso incomum: **O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto**. Consultor Jurídico, 22 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

_____.; KARAM, André. **Vícios privados, benefícios públicos**. Artigo publicado em 13 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opinia0/2014/12/1561785-lenio-streck-e-an-dre-karam-vicios-privados-beneficios-publicos.shtml>>. Acesso em: 17 jan. 2017.

TASSE, Adel El. **Delação premiada**: novo passo para um procedimento medieval. In: *Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais*, vol. 05, p. 269-283. São Paulo: RT, jul./dez. 2006.

TOLEDO, Cláudia. **Direito adquirido & Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Landy Editora, 2007.

TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. São Paulo: RT, 2002.

TORON, Alberto Zacharias. **Crimes hediondos: o mito da repressão penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. **O direito de defesa na lava jato**. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 24 (Volume Especial), nº 122, p. 15-41. São Paulo: RBCCrim/RT, ago., 2016.

TORRES, Douglas Dias. **O direito penal na atualidade: o garantismo, o direito penal mínimo, o direito penal simbólico e o abolucionismo penal**. In: *Escritório Online*, de 08 de dezembro de 2002. Disponível em: <http://www.escriptorioonline.com/webnews/imprime.php?PHPSESSID=&id_noticia=2473>. Acesso em: 30 nov. 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TRF1ªR, Tribunal Regional Federal da Primeira Região. **Apelação Criminal - ACR nº 221261120074013500**. Terceira Turma. Relator Tourinho Filho. Publicado no DJF1 de 17 de dezembro de 2010, p. 1647. Disponível em: <<http://portal.trf1.jus.br/portaltf1/pagina-inicial.htm-1>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

TROIS NETO, Paulo Mario Canabarro. **Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TROTT, Stephen S. **O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial**. Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 96, vo. 866, dezembro de 2007.

VALE, Ionilton Pereira do Vale. **O direito penal do inimigo: fundamentos filosóficos e sistêmicos**. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 909, p. 165-186. São Paulo: RT, jul. 2011. p. 177.

VASCONCELLOS, Jorge; EUZÉBIO, Gilson Luiz. **Justiça condena 205 por corrupção, lavagem e improbidade em 2012**. In: *Agência CNJ de Notícias*, de 15 de abril de 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/60017-justica-condena-205-por-corrupcao-lavagem-eimprobidadeem-2012>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

VEJA, Da Redação. **Casos de estupros coletivos dobram em cinco anos**: informações do Ministério da Saúde revelam que se registra mais de dez crimes do tipo por dia. Notícia publicada em 20 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/brasil/casos-de-estupros-coletivos-dobram-em-5-anos/>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

VEJA, Revista. Nestor Cerveró firma acordo de delação premiada, 25 nov. 2015. Disponível em: < <http://veja.abril.com.br/politica/nestor-cervero-firma-acordo-de-delacao-premiada/>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

VELO, Joe Tennyson. **O problema da fundamentação do direito penal do inimigo**. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 894, p. 349-400. São Paulo: RT, abr. 2010.

VILLA, Marco Antonio. **Mensalão**: o julgamento do maior caso de corrupção da história política brasileira - São Paulo: Leya, 2012.

WELLE, Deutsche. **Delação premiada gerou reação em cadeia**. Carta Capital, 01 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/politica/delacao-premiada-gerou-reacao-em-cadeia-703.html>>.

XAVIER, José Roberto Franco. **A opinião pública e o sistema de direito criminal**: sobre as dificuldades de compreender essa relação complexa. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 112. p. 149-164, São Paulo: RBCCrim, jan./fev. 2015.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **A presunção de inocência ainda vigora?** In: *Migalhas*, 07 de abril de 2015. Disponível em: Acesso em: 25 jan. 2017.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac; COELHO, Thalita da Silva. **Delação premiada**. In: *Migalhas*, de 17 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI209470,101048-Delacao+premiada>>. Acesso em: 26 jan. 2017.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Inimigo do direito penal**. Coleção Pensamento Criminológico, nº 14. Co-edição: Instituto Carioca de Criminologia Direito. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Tratado de Derecho Penal**: parte general. V. II. Argentina: EDIAR, 1987.

ZAIM, Miguel Juarez R. **Direito penal do inimigo**. Artigo publicado em 2004. Disponível em: <http://www.legocursos.com.br/artigos_detalhe.php?id=5>. Acesso em: 29 nov. 2017.