JORGE MIGUEL NADER NETO

Comportamento do acusado no processo e consequências penais

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Titular Vicente Greco Filho

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO – SP

2017

JORGE MIGUEL NADER NETO

Comportamento do acusado no processo e consequências penais

Versão Original

Dissertação de Mestrado em Direito, apresentado à Banca Examinadora do Programa de Pós – Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre Direito, na área de concentração Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, sob a orientação do Professor Titular Vicente Greco Filho.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO – SP
2017

Nome: NADER NETO, Jorge Miguel
Título: Comportamento do acusado no processo e consequências penais

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em:

Banca examinadora

Prof. Dr. _____
Instituição: _____
Julgamento: _____
Assinatura: _____

Prof. Dr. _____
Instituição: _____
Julgamento: _____
Assinatura: _____

Prof. Dr. _____
Instituição: _____
Julgamento: _____
Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, pelo exemplo e dedicação.

Ao meu pai, Miguel, também pela sabedoria e exemplo de amor à Justiça, sempre lembrando, na advocacia e na vida, dos menos favorecidos.

À minha mãe, Neuza, pela força, guerreira que é.

À Marta, pela força, ajuda e tempo gasto nas discussões do tema estudado.

À Sarinha e ao Kique pelas horas de convívio que não tivemos por conta dos estudos.

E a Ca, meu grande amor, por tudo.

.

NADER NETO, Jorge Miguel. *Comportamento do acusado no processo e consequências penais*. 2017. 190 p. Dissertação (Mestrado em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

RESUMO

A decisão do julgador precisa se reportar a elementos de prova produzidos no juízo penal. Há, no entanto, elementos hoje previstos em lei, (art. 59, do Código Penal) que não devem ser valorados, porque não dizem com o fato em julgamento, que é anterior e exterior ao processo. Assim, a postura do acusado durante o processo, pelo exercício do direito ao silêncio ou por ter dado sua versão dos fatos, em pleno exercício do direito de defesa, não pode ser valorada. Nem suas manifestações de autodefesa (gestual, postura). Desta forma, pode-se dizer que personalidade não pode ser valorada, porque não tem relação objetiva com o fato que precisa ser provado. Além disso, não pode servir ela, personalidade, de válvula de escape de arbitrariedades, sob manto de legalidade. Afinal, o direito penal brasileiro é o direito penal do fato, natural em um Estado democrático e de direito, e não do autor, típico de sociedades autoritárias. O direito penal e o processo penal são limitações ao poder punitivo estatal. A crítica final é sobre a falta de legitimidade para este critério continuar no sistema, de direito penal do fato e não do autor, tornando, de certa forma, o que era para ser limitado, ilimitado e um espaço para arbitrariedades e subjetivismo em detrimento da razão. Em outras palavras, defende-se que o acusado não pode ser penalizado por comportamento seu no processo, utilizando o julgador, para tanto, do critério da personalidade previsto no artigo 59, do Código Penal. Quer por seu interrogatório, quer por seu comportamento em audiência, dentro dos limites da lei e da ampla defesa, o julgador não pode utilizar tais comportamentos para majorar a reprimenda penal, com base no critério personalidade, vago, demasiadamente aberto, além de excessivamente subjetivo. Relaciona-se estritamente ao tema, o princípio do *nemo tenetur sene detegere*, especialmente o direito ao silêncio, aliado à presunção de inocência, bem como ao princípio da estrita legalidade, não só dos crimes, mas principalmente das penas e critérios legais de sua individualização e aplicação. Todos aqui analisados e, ao final, alguns casos são usados como exemplo de como a matéria vem sendo tratada no dia a dia.

Palavras-chave: Comportamento do acusado processo. Personalidade do agente.

Consequências penais. Vedação à autoincriminação. Aplicação da pena.

NADER NETO, Jorge Miguel. *Comportamento do acusado no processo e consequências penais*. 2017. 190 p. Dissertação (Mestrado em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

ABSTRACT

The judge's decision must be based on evidences admitted at criminal court. There are, however, elements foreseen in criminal law, (article 59, Penal Code of Brazil) that should not be considered, because they do not relate to the fact in judgment, which is prior and external to the criminal process. Thus, neither the defendant's attitude during the criminal process, exercising his right to remain in silence nor his version of the facts, exercising his right of defense can be considered. Nor even the manifestations of self-defense (gesture, posture). Therefore, it can be said that personality can not be acknowledged as evidence, because it has no objective relation to the fact that needs to be proved. Moreover, personality can not be used as an excuse for arbitrariness, disguised as legality. After all, the Penal Code of Brazil is the criminal law of the fact, which is natural in a democratic rule-of-law State, not the criminal law of the author, typical in authoritarian societies. The Criminal law and the criminal process are limitations to the State punitive power. The final critic regards the lack of legitimacy for this criteria to continue in a criminal law system focused on the fact and not on the author, making it, in a certain way, unlimited what was supposed to be limited, and creating a space for arbitrariness and subjectivism in expense of reason. In other words, it is defended that the defendant can not be penalized for his behavior during the process, using the judge to do so, the personality criteria foreseen in the article 59 of the Criminal Code. Either through his questioning or through his behavior in court, within the limits of the law and the full right of defense, the judge can not use such behavior to increase the penalty, based on the personality criteria, which is vague, overly open, as well as excessively subjective. It is purely related to the theme, the *nemo tenetur sene detegere* principle, especially the right to remain in silence, together to the presumption of innocence, and the principle of strict legality, not only of crimes, but also of the penalties and legal criteria of their individualization and application. All here analyzed and, in the end, some cases are used as an example of how the matter is being treated daily.

Key words: Behavior of the accused. Criminal consequences. Prohibition of self incrimination. Defendants personality. Penalty enforcement.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 8
1 BREVE HISTÓRICO DO DIREITO PENAL E SUA FUNÇÃO LIMITADORA DO PODER PUNITIVO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, BEM JURÍDICO, SOCIEDADE DE RISCO E EXPANSÃO DO DIREITO PENAL 11
2 PROCESSO PENAL E DIREITO PENAL: ESPAÇO PARA A RECONSTRUÇÃO DE FATO ANTERIOR E EXTERIOR, ILÍCITO E TÍPICO 35
2.1 ATUAL MOMENTO DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL NO BRASIL. EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E MITIGAÇÃO DO PROCESSO E SUAS GARANTIAS. O APELO AO PROCESSO NO COMBATE À CRIMINALIDADE 41
2.2 DIREITO PENAL DO FATO E DIREITO PENAL DO AUTOR 48
2.3 O DIREITO PENAL E PROCESSUAL DO INIMIGO 55
3 O COMPORTAMENTO DO ACUSADO NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO 62
3.1 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA 64
3.2 DIREITO DE DEFESA. A AMPLA DEFESA. AUTODEFESA 71
3.2.1 O interrogatório do acusado. Direito de audiência 77
3.3 O NEMO TENETUR SE DETEGERE. VEDAÇÃO A AUTO INCRIMINAÇÃO E DIREITO AO SILÊNCIO 87
3.4 DIREITO DE PRESENÇA 106
3.5 DIREITO DE AUSÊNCIA 107
3.5.1 Condução coercitiva, direito de ausência e repercussão na pena 113
3.6 A CONFISSÃO 120
3.6.1 A súmula 231, do Stj e a violação da garantia da legalidade 125
3.7 DIREITO AO SILÊNCIO 128
3.8 DIREITO DE NÃO DECLARAR A VERDADE: INEXISTÊNCIA DO DEVER DE VERACIDADE PARA O ACUSADO. A MENTIRA DO ACUSADO 132
4 O CÁLCULO DA PENA 140
4.1 O TIPO COMO GARANTIA. LEGALIDADE NA APLICAÇÃO DA PENA 146
4.1.1 Garantais individuais decorrentes do princípio da legalidade 152
4.2 PERSONALIDADE DO AGENTE: CRITÉRIO DO ARTIGO 59, DO CÓDIGO PENAL (CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS PARA FIXAÇÃO DA PENA) 155

5 COMPORTAMENTO DO ACUSADO NO PROCESSO COMO TERMÔMETRO REVELADOR DE SUA PERSONALIDADE? 166
5.1 REPERCUSSÃO NO CÁLCULO DA PENA. ESTUDO DE CASOS CONCRETOS 168
5.2 A MENTIRA DO ACUSADO 171
5.3 ARROGÂNCIA EM AUDIÊNCIA 175
CONCLUSÕES 177
REFERÊNCIAS 179

INTRODUÇÃO

Causou espanto um determinado caso prático em que o juiz, ao condenar o réu, majorou a pena com base na personalidade do agente pelo fato de, no entendimento do julgador, ele ter mentido quando apresentou sua versão para o fato.

Imaginando se tratar de um caso isolado, qual não foi a surpresa ao encontrar outros casos semelhantes, em que o julgador acaba por utilizar como válvula de escape para sair das amarras da legalidade estrita, limitação do poder punitivo, o critério personalidade do agente, um critério vago, poroso, porém, ainda estampado no artigo 59, do Código Penal.

Aliado ao aspecto penal, violada a legalidade estrita e o tipo penal como garantia, além de mostrar forte viés de direito penal do autor e resgate do positivismo, há em tais casos também o aspecto processual, que consiste na não só inobservância, mas inversão de sentido da garantia do *nemo tenetur se detegere*, princípio fundante do processo penal brasileiro.

Parcela do Judiciário não só ignora o direito ao silêncio e de defesa do acusado, como lhes dá consequências negativas pelos seus comportamentos no processo, especificamente em audiência, exercendo o direito de presença, ou de ausência, também analisados.

Utiliza o julgador comportamento do acusado no processo (sua fala quando interrogado, sua postura em audiência, gestos, por exemplo), que caracterizam exercício regular de direitos garantidos constitucionalmente para, quando da aplicação da pena, aumentar a reprimenda penal, fugindo das amarras da legalidade.

Diante disso, surgiu o interesse em pesquisar o assunto, que na realidade engloba dois temas, um de direito penal, que é o critério da personalidade como critério de aplicação da pena (consequências penais), e outro de natureza processual, o *nemo tenetur se detegere,* no caso, representando o comportamento do acusado no processo, direito seu, mas utilizado para punir.

O trabalho inicia – se com um breve retrospecto crítico do direito penal, desde o iluminismo até os dias atuais, apresentando como pano de fundo o resgate da função do sistema criminal (do Direito Penal e Processual Penal) de limitação do poder punitivo estatal.

No segundo capítulo são analisados o Direito Penal e o Processo Penal por sua intrínseca relação, bem como críticas ao atual uso deles, desvirtuando-os de sua função limitadora do poder para um punitivismo exacerbado e direito penal simbólico.

Ainda neste capítulo, e dentro do tema envolvendo o direito material e processual, após as críticas, é analisado o direito penal do fato e do autor, intrinsicamente relacionado com a questão da personalidade como critério de aplicação da pena, bem como a versão moderna do direito penal do autor, que vem ganhando espaço no denominado direito penal e processual penal do inimigo.

No capítulo três é onde se entra no tema do comportamento do acusado no processo. Aqui serão analisados a presunção de inocência, intimamente ligada ao *nemo tenetur se detegere* como princípios estruturantes do sistema, o direito de defesa, a autodefesa, o interrogatório do acusado, direito de audiência.

Em seguida entra – se no *nemo tenetur se detegere*, suas origens, história no direito anglo americano e sua atual situação na ordem constitucional.

Merecem atenção o direito de presença e de ausência, facetas do direito de defesa, intimamente ligados ao tema, bem como a condução coercitiva, se tem espaço na atual ordem constitucional diante da interpretação extensiva que é dada ao *nemo tenetur se detegere* e direito de ausência.

Após, ainda que não juntamente com o interrogatório, mas ao lado do direito ao silêncio, se discorrerá sobre a confissão, sobre o falar, abrindo um item para se analisar a pena quando aplicada se poderá ou não ficar aquém do mínimo, em respeito à garantia da legalidade, ainda que contrarie a súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que proíbe essa diminuição.

O direito de calar, de ficar em silêncio, é estudado ao lado da confissão, apesar de já ter sido objeto de algumas considerações no tópico relativo ao *nemo tenetur se detegere*, pois dele decorre. É o direito ao silêncio, garantido constitucionalmente e com efeitos amplos no ordenamento conferidos pelo STF.

Após o silêncio, será analisado o direito de o acusado não declarar a verdade, ou vulgarmente conhecida como mentira do acusado. Se ela produz efeitos ou não, se é direito ou não, se ele pode ou não ser penalizado. Isso tudo no contexto do direito ao silêncio, *nemo tenetur se detegre*, devido processo legal e ampla defesa, direitos garantidos constitucionalmente que se sobrepõem ao simples maniqueísmo verdade/mentira.

Após a análise do direito processual (vedação à não auto incriminação, direito de defesa), abre-se um capítulo para analisar a aplicação da pena, o tipo como garantia e o critério da personalidade. Entra-se no direito penal.

Em seguida à analise da aplicação da pena, do tipo penal como garantia e do critério da personalidade do agente como critério do artigo 59, do Código Penal (circunstâncias judiciais), e já por ter passado pelos institutos de direito processual (que protegem o comportamento do acusado no processo), será analisada a junção dos dois temas, qual seja, iniciando-se o capítulo com a seguinte indagação: o comportamento do acusado no processo é um termômetro revelador de sua personalidade?

A resposta será dada analisando três casos concretos escolhidos, em que a teoria analisada foi aplicada na prática. Em dois deles o réu foi punido por ter mentido no interrogatório, segundo o julgador, utilizando a personalidade para majorar a pena, ignorando o direito ao silêncio e sua extensão dada pelo STF. No terceiro, em que o acusado teve a pena majorada, também pela personalidade, por ser arrogante, mas neste o Tribunal já reformou a decisão e restabeleceu o direito penal do fato.

1 BREVE HISTÓRICO DO DIREITO PENAL E SUA FUNÇÃO LIMITADORA DO PODER PUNITIVO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, BEM JURÍDICO, SOCIEDADE DE RISCO E EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

O Direito Penal tal como conhecemos hoje deita suas raízes históricas no Iluminismo. Até então o que tínhamos eram penas, castigos que ficavam ao bel prazer do soberano aplicar ou não, como aplicar, em que medida e por quais motivos, por exemplo. Era o que se pode chamar de direito penal antigo.

Com o surgimento dos Estados modernos e, após, com as ideias iluministas e com o que se pode chamar de declaração de direitos é que começa a surgir um embrião do direito penal como limitação ao poder estatal, tal como conhecemos.[1]

Pressuposto fundamental para entender a função do Direito Penal é saber o tipo de Estado. No caso brasileiro, temos um Estado Democrático e de Direito que tem como função a proteção de bens jurídicos e limitação ao poder estatal. O Direito Penal deve ser visto essencialmente como limitação, além também de garantir e proteger direitos.

E não há como pensar o direito penal no Estado Democrático e de Direito sem a ideia da lei penal, do princípio da legalidade e tudo que dele decorre.[2]

E é elementar hoje, também, que deve haver um diálogo constante e intenso do Direito Penal com a Constituição Federal, ou seja, do princípio da legalidade com outros

---

[1] Nesse sentido GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 21: "Nascida sob o influxo da forte reação contra os regimes absolutos, em que o poder político se exercia de forma despótica e arbitrária, a moderna concepção de Estado de direito traduz, basicamente, uma ideologia de limitação desse poder. É esse, com efeito, o objetivo que permeia as denominadas dimensões fundamentais daquele modelo de organização estatal: a legalidade (em sentido amplo), separação de poderes e proteção dos direitos fundamentais".

[2] Nesse sentido *Ibid*, p. 21-22: "Finalmente, o Estado de direito pressupõe um modelo de organização social em que certos direitos dos cidadãos, tidos como indispensáveis à própria existência e ao desenvolvimento da personalidade humana, representam verdadeiras fronteiras que não podem ser ultrapassadas no desempenho das funções estatais. Desse mesmo objetivo de limitação do poder decorre, por sua vez, a noção de garantia, que acompanha todas essas dimensões fundamentais: as garantias, num primeiro e mais abrangente sentido, constituem as barreiras de proteção, as defesas contra a utilização arbitrária do poder. Assim, no Estado de direito a mais saliente garantia contra o poder é a legalidade: a estrita observância da lei limita claramente a atuação dos poderes Executivo e judiciário e também, em certa medida, do próprio Legislativo, que não pode editar leis que estejam em desacordo com o texto fundamental; o outro aspecto, a legalidade representa uma baliza intransponível nas relações entre o poder político e o indivíduo, pois somente a lei pode proibir condutas".

princípios constitucionais penais para que haja uma efetiva limitação ao poder estatal e a procurada efetividade do sistema.

E essa conformidade com os princípios constitucionais penais estará sempre presente nos casos concretos e cabe ao intérprete aplica-los.

Essa a tarefa árdua, ou seja, a aplicação constante dos princípios constitucionais penais e processuais aos casos concretos, por meio dos institutos do direito penal, técnicas de interpretação e aplicação da norma, mas que sempre deverá ser feita tendo em mente, também, a função política do Direito Penal – de limitação do poder punitivo do Estado - e o respeito à dignidade humana do acusado.

Esse o pano de fundo do presente trabalho: o direito penal e processo penal como limitação ao Leviatã.

Algumas palavras sobre o conceito material de crime e a chamada "crise" do bem jurídico se fazem necessárias nesse histórico, pois acaba se misturando com o próprio direito penal que, para muitos tem a função de manutenção de bens jurídicos.

O paradigma do direito penal: a tutela subsidiária de bens jurídicos.[3]

O conceito material de crime necessita ter algo que lhe imprima dignidade penal, que é o bem jurídico, ligado diretamente às ideias de danosidade social. O direito penal serve para a tutela subsidiária de bens jurídicos, é a *ultima ratio*, bem como a intervenção mínima do direito penal, isto é, só se usa o direito penal quando todos os outros ramos do direito falharem.

Resumidamente, temos como funções do bem jurídico, a função crítica, a dogmática e a interpretativa e sistemática.

A função crítica, pois o bem deve existir antes da norma, interesse deve ser anterior a norma, funcionando como padrão para a incriminação. É através dessa função crítica do bem jurídico que se limita o legislador quando da elaboração da norma penal com o bem a ser tutelado por ela. Tal função vem sendo, atualmente, repensada pela doutrina. O bem jurídico, portanto, deve ter sempre a dignidade penal. Não havendo bem jurídico, não há dignidade penal.

---

[3] COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis).* 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015. SOUSA, Susana Aires. *Os crimes fiscais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

A função dogmática dá o substrato material, o sustento material. É a materialidade do crime, por exemplo, crime contra a vida. Pode-se com isso já distinguir crimes de perigo e crimes de dano.

E a função interpretativa e sistemática, estampada no próprio Código Penal, onde divide os crimes, por exemplo, crimes contra o patrimônio, crimes contra a vida.

Alguns conceitos de bem jurídico podem ser trazidos aqui:

> "Aqueles pressupostos valiosos e necessários para a existência humana" (Mayer),

ou

> "interesse da vida da comunidade a que o direito penal concede proteção" (Jescheck).[4]

Traz-se aqui também a ideia de que o valor protegido pela norma penal deve ter sua concretude no plano constitucional, chamado de princípio da congruência, ou analogia substancial entre a ordem axiológica constitucional e a ordem dos bens jurídicos protegidos pelo direito penal. É o que se chama, também, de princípio da proporcionalidade, que dispensa comentários sobre sua importância na temática aqui tratada.

Os valores sempre estiveram e estarão por trás do direito, norteando-o. Com o direito penal não é diferente. Pode-se até dizer que é um dos ramos do direito – provavelmente por lidar com a liberdade do ser humano, em última análise, e com o poder estatal de restringi-la - onde mais vêm à tona tais valores envolvidos, em dado momento histórico, cultural e social.

Os valores nos primórdios da sociedade, nas famílias, no meio social eram diferentes. Dava-se mais valor na honra, na palavra. Com o surgimento do comércio, dos mercados, comerciantes, a burguesia, a segurança passou a ser um valor a ser tutelado.

Na idade média houve uma certa publicização. Os reis, déspotas, monarcas aplicavam arbitrariamente o que seria hoje a pena, o direito penal. Temos uma ausência do conceito material de crime.

O crime, então, começa a se confundir com o pecado e com a moralidade, passando o poder de punir para a autoridade religiosa. É a época da inquisição, onde o crime

---

[4] COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis).* 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015. SOUSA, Susana Aires. *Os crimes fiscais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

representa ofensas e valores religiosos e morais. A punição, aplicação da pena era um espetáculo, demonstrando toda sua natureza cruel. Isso tudo no século XVII.

A seguir, temos uma mudança de pensamento com o surgimento do jusnaturalismo, com a progressiva afirmação da razão. Surge o direito penal da ilustração, que possui os direitos subjetivos como fundamento das incriminações. O Estado reconhece os direitos dos indivíduos. É a época de Beccaria, Feuerbach, dos homens das luzes que dão razão ao sistema penal para que seja algo útil na prevenção dos crimes, racionalizado. Busca-se dar racionalidade às leis. E em sua base estão os direitos das pessoas.

Ideias revolucionárias e que, apesar de antigas, ainda se mostram atuais. Tome-se como exemplo, o surgimento da pena privativa de liberdade e não mais torturas, uma grande evolução para a época. Abrindo parênteses, um paralelo se faz aqui, necessário, para ilustrar que, apesar de formalmente não admitida, a tortura ainda está presente no Brasil do século XXI. Tanto que temos a lei do crime de tortura, que visa punir os agentes públicos que ainda trazem ranços ditatoriais e inquisitivos.

O Poder punitivo teria como titular o Estado. Os cidadãos conferem ao Estado o poder de punir. Surge o princípio da legalidade, os códigos penais (por exemplo o Código Penal da Baviera, Feuerbach). O direito penal, portanto, se desliga do monarca. As condutas que colocam em risco os direitos das pessoas passam a ser tuteladas pelo direito penal e ao mesmo tempo são expurgadas do direito penal condutas que não lesionam os direitos (religião, moral).

Sica mostra a estreita relação entre o contrato social e o poder punitivo, centralizado no Estado. Mais que isso, fundamenta o poder de punir nas bases do contrato social permeou toda formação da denominada racionalidade penal moderna.[5]

Direito penal se baseia, portanto, nessa época, nos direitos das pessoas e na danosidade social.[6]

---

[5] SICA, Leonardo. *Direito Penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 25: "De fato, observando a obra de Beccaria – o maior artífice da nossa racionalidade penal – como faz com extrema sagacidade Alvaro Pires, fica evidente que os fundamentos e limites do direito de punir foram concebidos de forma arraigada no conrtatualismo".

[6] *Ibid*, *loc. cit*. Lembra o autor de Zaffaroni, que constata ao basear-se na figuração do paradigma contratualista, o sistema penal buscou desde o princípio , sua legitimação no argumento do medo (Leviatã) e no fomento de uma sociedade punitiva.

O objeto do crime passa a ser a violação dos direitos. O crime é definido em lei penal, sendo uma ação contra o direito de outrem. Representa uma tremenda evolução, pois põe fim à ideia de que o monarca pode tudo.

Eis a primeira matriz do conceito material de crime: violação a direitos subjetivos e danosidade social. E foi isso que abriu caminho para o bem jurídico.

Foi Birnbaum[7], com os requisitos de uma ofensa jurídica no conceito de crime, que fala em bem jurídico. O direito penal não deveria se limitar a proteção de direitos subjetivos, limitados (direitos não são usados), mas sim a algo mais tangível, objeto dos direitos, que vem a ser o bem jurídico.

O direito penal, então, protegia direitos e passa a proteger bens jurídicos, objeto da tutela dos direitos.

Autores como Liszt, Binding aprofundaram a noção de bem jurídico. Liszt acentuou a ideia de interesses fundamentais da sociedade. O bem jurídico ficava fora da norma, mas é o fundamento dessa norma (Binding). É essa função crítica do bem jurídico que vai se perder no início do século XX.[8]

Posteriormente, as guerras do século XX trouxeram profundas mudanças sociais, que acarretaram mudanças no bem jurídico, que passa a ser o fim da norma, estar dentro da norma.

É o direito penal sendo utilizado para sancionar deveres sociais, independente dos bens jurídicos. Passa a ser instrumento de política, o que representa um retrocesso, pois deveria ser o padrão crítico da incriminação e não a violação de dever. Há um claro esvaziamento do bem jurídico, que passa a ser intranormativo.

Com o final da 2ª Guerra alguns juristas pedem o retorno da concepção liberal, como por exemplo, Roxin, que pede o retorno do bem jurídico como padrão crítico da norma.[9]

Ocorre que houve também um outro conjunto de mudanças no plano econômico e social que fez emergir o direito penal econômico, que trouxe novidades no conceito de bem jurídico. Transformações sociais que se projetaram no direito. O aumento do

---

[7] COSTA, José de Faria. *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis).* 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015. SOUSA, Susana Aires. *Os crimes fiscais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
[8] *Ibid.*; *Ibid.*
[9] *Ibid. Ibid.*

desemprego e da miséria trouxeram a necessidade da intervenção do Estado para corrigir os problemas sociais, passando-se de um Estado liberal para um Estado social, interventivo, com três grandes pontos em sua agenda: redistribuir riqueza, estabilizar a economia e o desenvolvimento econômico. E é por meio do direito que se cumpre esta agenda. É a intervenção do Estado coma criação de regras jurídicas para se cumprir os objetivos.

Nasce o direito econômico, o direito social, mutáveis, flexíveis, com características diferentes das codificações plenas. E para assegurar o cumprimento das regras, dos deveres econômicos e sociais o Estado impõe sanções. É o surgimento do direito sancionador e do direito penal econômico, que aparece nesse contexto para reforçar as regras do tal direito econômico, social, com natureza instável, dinâmica. Se reforçava com a sanção penal o cumprimento das regras sociais e econômicas, realidade bem distinta da do direito penal clássico, com valores diferentes, mutáveis e não plenos que se sedimentaram historicamente, como a vida, a propriedade.[10]

Conclui-se, após toda essa digressão histórica, que o direito penal econômico traz a dúvida quanto ao bem jurídico.

Temos três grandes matérias que transformaram o direito penal, que são: 1. direito penal econômico, onde crimes são meras condutas, infração de meros deveres, não se usa o conceito clássico de bem jurídico; 2. efetivo aumento da criminalidade e agravamento da punição e, por fim, 3. um conjunto de incriminação de novas situações de risco, criando o famigerado "direito penal do risco".

Daí o que se chama de "crise" do bem jurídico, ligada ao que se denomina de crise no direito penal pós-moderno, cuja grande questão é se houve o fim do paradigma "tutela subsidiária de bens jurídicos".

Podemos falar em sintomas da pretensa "crise" do bem jurídico pela: a) expansão do direito penal, aumento de normas penais; b) aumento da sensação de insegurança, pois as pessoas tem consciência de que os riscos existem; c) o incremento e reforço de deveres

---

[10] Merece transcrição trecho da obra de Bitencourt e Busato a respeito dessa mudança drástica de paradigma: "Nessa linha de construção, começa-se a sustentar, abertamente, a necessidade de uma responsabilidade objetiva, com o abandono efetivo da responsabilidade subjetiva e individual. Essa nova orientação justificar-se-ia pela necessidade de um Direito Penal funcional reclamado pelas transformações sociais: abandono de garantais dogmáticas e aumento da capacidade funcional do Direito Penal para tratar de complexidades modernas. Por isso a política criminal do Direito Penal funcional sustenta, como modernização funcional no combate à ´criminalidade moderna´, uma mudança semântico-dogmática: ´perigo´ em vez de ´dano´; ´risco´ em vez de ofensa efetiva a um bem jurídico; ´abstrato´ em vez de ´concreto´; ´tipo aberto´ em vez de ´fechado´; ´bem jurídico coletivo em vez de individual etc" BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo Cesar. *Comentários à lei de organização criminosa*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 21.

jurídicos, o uso de conceitos indeterminados e normas penais em branco; d) a incriminação de novos comportamentos (economia, consumo, ambiente), deixando de ter um bem tangível como referência, afastando-se do objeto da tutela penal; e, por fim, e) a antecipação da tutela penal, com técnica legislativa muito diferente do direito penal clássico (antecipação do direito penal e uso do perigo abstrato).

Juntamente com os novos riscos, com direito penal do risco, surgem teorias para responderem se o direito penal deve ou não se manifestar e como deve se manifestar. Dentre elas temos as extremadas ou radicais (monista pessoal: escola de Frankfurt, funcionalização/intensificação da tutela penal, o direito penal do comportamento e o direito penal do inimigo), as teorias intermedias ou complementares (Teoria pessoal dualista do bem jurídico, teoria dos bens jurídicos meios ou instrumentais e teoria dos bens jurídicos coletivos).

Por tudo, temos que o direito penal não pode eximir-se de suas funções e fechar os olhos para a realidade, que o envolve e faz parte dele. Mas isso não significa aceitar as ideias de fim da função de proteção subsidiária de bens jurídicos, de interesses reconhecidos como valiosos pela comunidade e essenciais à realização humana.

Se não é possível, em muitos casos, responder aos problemas do século XXI com os institutos do século XIX, é sim possível repensar essas categorias e adequá-las aos problemas de hoje, dentro dos princípios e garantias que norteiam o direito penal, papel fundamental da doutrina.

O princípio da *ultima ratio* deve sim, sempre ser observado para o direito penal atrelado aos direitos e garantias fundamentais.

Nas palavras de Bernd Schunemann:

> Os que têm anunciada a iminência da morte são os que mais tempo vivem (Totgesagte leben langer), diz um antigo provérbio. Se este dito contiver ainda que um pequeno grão de verdade, deveremos profetizar um grande futuro à ideia da proteção de bens jurídicos como fundamento e limite do direito penal, tendo em vista o quanto e o quão decididamente ela tem sido (outra vez) declarada no leito de morte nos últimos anos.[11]

[11] SCHUNEMANN, Bernd. O princípio de proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. In: GRECO, Luís. (Coord.). *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 39.

Após esta visão panorâmica do bem jurídico, a estrita legalidade penal, por sua vez, merece destaque.

Cuida-se aqui de um limite intransponível para o aplicador e proteção dos direitos das pessoas, verdadeira garantia individual.

A essência do princípio é que *"não pode haver crime e nem pena sem lei certa, escrita e determinável"*. Esse seu conteúdo. Deficiências, lacunas do legislador funcionarão sempre a favor da liberdade.

Vem de longa tradição, desde a Magna Carta de 1215 até nossos dias.

"Nullum crimen, nulla poena sine lege" (não há delito nem pena sem lei). É nessa famosa máxima que está o princípio da legalidade, com suas origens remotas na Magna Carta Libertathum, de 1215, de João Sem Terra, como uma primeira tentativa histórica da nobreza em limitar o poder absoluto do monarca.[12]

Porém, apesar desta origem remota, somente no iluminismo, com Beccaria é que o princípio se fortificou.[13]

Foi na obra de Beccaria onde se reinvindica, dentre outros, o princípio da legalidade.[14] Como qualquer obra, deve ser examinada no contexto cultural de seu tempo,

---

[12] GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito Penal e interpretação jurisprudencial*: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes. São Paulo: Atlas, 2008. p. 7. "A partir da garantia fundamental representada pelo princípio da legalidade, a contenção do arbítrio e da aleatoriedade das formas de punição tornar-se-ia possível pela técnica da descrição das figuras criminosas, isto é, das ações humanas merecedoras de reprimenda penal, por meio de normas precisas, simples, que correspondessem aos critérios da certeza do direito e, contextualmente, idôneas a expressar as características próprias da natureza e do conhecimento empírico, com a finalidade de garantir a satisfação de uma primária exigência do Estado de Direito, que é a possibilidade de conhecimento e compreensão das normas por parte de seus principais destinatários – os cidadãos. A liberdade e a segurança jurídica, dessa forma, passaram a ser asseguradas a partir do reconhecimento de que, no direito, está permitido tudo aquilo que não está proibido por lei. Essa garantia foi concretizada pela proibição, no momento de aplicação do direito penal, de qualquer possibilidade de interpretação das leis por parte do magistrado; ao contrário, não lhe era facultado consultar o 'espírito da lei', posto que nesse processo haveria espaço para uma análise subjetiva, e os jurisdicionados não poderiam ficar à mercê das incertezas do pensamento do juiz. As únicas formas de interpretação literal ou estrita (realizada pelo juiz) e a interpretação autêntica (realizada pelo legislador). Ainda sob o fundamento de que o juiz se encontrava vinculado ao silogismo jurídico, rejeitava-se a analogia e repudiava-se a o caráter criador da interpretação judicial.".

[13] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão – causas alternativas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 52-53: "Considera-se que os postulados formulados por ele marcam o início definitivo da Escola Clássica de Criminologia bem como o da Escola Clássica de Direito Penal. Alguns autores, inclusive, chegam a considera-lo um antecedente, mediato, dos delineamentos da defesa social, especialmente por sua recomendação de que 'é melhor prevenir o crime do que castiga-lo."

[14] BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 11. ed. São Paulo: Hemus, 1995. p. 15-16."A primeira consequência deste princípio é que somente as leis podem decretar as penas dos delitos e esta autoridade deve residir unicamente no legislador, que representa toda a sociedade unida pelo contrato social. Nenhum magistrado (que é parte dela) pode, com justiça, decretar à sua vontade penas contra outro indivíduo da mesma sociedade. E como uma pena estendida além do limite assinalado pelas leis contém em si a pena

não sendo originais as ideias que expõem, sendo, na realidade, uma junção do contratualismo com o utilitarismo. Seu maior mérito foi trazer de forma clara tais ideias para o grande público e não apenas para a elite da época.

Conseguiu, assim, segundo Bitencourt

> Através de sua eloquência, estimular os práticos do direito a reclamar uma reforma que deviam conceber os legisladores. [...]
> Beccaria constrói um sistema criminal que substituirá o desumano, impreciso, confuso e abusivo sistema criminal anterior.[15]

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, traz esse princípio no seu artigo 8º, estando presente, após, em todas as disposições internacionais ditadas em defesa dos direitos humanos e nos textos constitucionais.

No Brasil, vem expresso no artigo 5º, XXXIX, e traz as garantais fundamentais criminal, penal, de execução e de jurisdição.

A legalidade possui natureza eminentemente constitucional (art. 5º, da Constituição Federal de 1988).

Segundo Figueiredo Dias[16], tem fundamentos externos e internos. São eles:

Fundamentos externos: Princípios liberal, democrático e separação de poderes.

Toda atividade punitiva do Estado na esfera de direitos do cidadão deve estar prevista em lei geral, abstrata e anterior. O Princípio da legalidade tem seu fundamento na ideia de que o poder de punir é do povo, representado pelo parlamento.

Fundamentos internos (do próprio sistema penal): ligados à ideia de prevenção geral e o princípio da culpabilidade. A ideia de lei previa, para conhecimento do povo, anterior ao fato, para orientar comportamentos, daí a ideia de prevenção geral.

---

justa mais outra pena adicional, resulta que nenhum magistrado, sob o pretexto de zelo ou de bem público, pode aumentar a pena estabelecida contra um cidadão delinquente".

[15] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão – causas alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 53-54. Continua o autor esclarecendo que: "Sugeriu mudanças que eram desejadas e apoiadas pela opinião pública. Surgiu exatamente no tempo em que deveria surgir. A Europa estava preparada para receber a mensagem do livro e, 1764. Ele serviu para arrasar e destroçar muitos costumes e tradições da sociedade do século XVIII, especialmente por meio da ação de protagonistas da nova ordem. É indubitável que Voltaire impulsionou muitas das ideias de Beccaria. Não é exagero afirmar que o livro deste é de vital importância na preparação e amadurecimento do caminho da reforma penal dos últimos séculos. Sua obra teve sentido político e jurídico, e seu tempo de ação foi de grande amplitude, pois aspirava a reforma do direito penal naquele tempo reinante".

[16] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*: parte geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. Tomo 1: Questões fundamentais: a doutrina geral do crime.

Estreitamente ligada a ela, está também o princípio da culpabilidade. A ideia de culpa não seria possível sem a legalidade, sem a proibição legal.

A lei penal também deve ser prévia, escrita, certa e determinada. É o princípio da determinação do tipo legal, que reza que os elementos do tipo penal devem ser certos, precisos, determináveis, pois a norma não pode prever comportamentos indetermináveis.

E dentro desse campo, do princípio da legalidade como limitação do Leviatã, que entram os tipos penais abertos, os conceitos indeterminados e cláusulas gerais, como por exemplo o artigo 59, do Código Penal e seus critérios para a dosimetria da pena – que em que pese não ser um tipo penal incriminador, está diretamente relacionado à punição por fixar os parâmetros e limites da legalidade da aplicação da pena - objeto do presente trabalho ao lado do *nemo tenetur se detegere*.

Abre-se parênteses no histórico para, dentro da legalidade, focar a aplicação da pena e o atual sistema brasileiro.

Em que pese ter sido adotado o sistema trifásico, nos termos do artigo 68, do Código Penal, observando-se a estrita legalidade, aparentemente, é no artigo 59 que se encontram os principais critérios norteadores do juiz na aplicação da pena – circunstâncias judiciais – para dar concretude ao princípio constitucional da individualização da pena.[17] E ele, artigo, 59 do Código Penal, é carregado de expressões abertas e que expandem o tipo podendo dar uma margem de discricionariedade muito larga ao julgador, ferindo, dependendo do caso, a legalidade.

O que limita essa abertura, que poderá ferir em certos casos a legalidade, é a estrita observância das garantias constitucionais do acusado, notadamente a garantia do *nemo tenetur se detegere* e a presunção de inocência.

Explica-se. Os critérios elásticos do artigo 59 deverão ser interpretados e aplicados levando-se em conta, sempre, limites, barreiras, trazidas pelas citadas garantias, não podendo justificar um agravamento da pena o réu não ter confessado, contado a verdade – como se analisará em um dos casos a serem comentados – com base em sua personalidade, critério vago, subjetivo. Por incrível que pareça, jurisprudência nesse sentido começa

[17] Artigo 5º, XLVI, CF/88.

aparecer[18], resgatando o direito penal como tutela da moralidade (de quem?) e outros valores, bem como o direito penal do autor, sob a nova roupagem de direito penal do inimigo.

A legalidade, estrita, passa a ser não tão estrita assim, encontrando nos tipos penais expressões porosas, vagas, com conceitos técnicos encontrados em outras áreas do conhecimento ou que dependem de interpretação, mas ainda sob o manto de uma legalidade, ainda que formal.

Fenômeno cada vez mais recorrente no Direito Penal atual, o uso de normas penais com expressões abertas, vagas, o que faz com que a tipicidade seja completada pelo julgador, quer com o auxílio de outras normas (no caso de normas penais em branco) ou que busque o significado de expressões e palavras do tipo em outras ciências, as quais vêm completar, integrar o tipo penal, como seu elemento e complemento.

Elas criam, portanto, tipos legais de crime com conteúdo incompleto, que necessitam ser complementados e interpretados o que, se de um lado podem dar maior dinâmica ao direito penal, por outro podem dar margem a arbítrios e abusos.[19]

Pode ser feito um paralelo com as normas penais em branco, pois esses tipos penais não explicitam todos os seus elementos constitutivos ao descrever a conduta típica, remetendo o intérprete a outras normas para complementá-los. [20]

---

[18] Cite-se estudo realizado por Bruno Oliveira Almeida, intitulado "A sanção judicial da mentira no interrogatório do réu: apontamentos sobre um problema paradigmático", publicado no sitio Justificando, onde é realizada ampla pesquisa sobre o tema no Tribunal de Justiça de São Paulo. O autor parte do caso amplamente divulgado na imprensa da morte da advogada Mércia, em tese por seu noivo Misael Bispo, que foi condenado pelo tribunal do Júri e, na sentença o juiz entendeu que, com base na personalidade do agente, o réu deveria ter a pena majorada por ter mentido. Exatamente o mesmo caso paradigma que motivou e é tratado na presente dissertação. Além da sentença do mencionado caso, divulgada na imprensa e aqui colacionada, o autor do estudo citado analisou vários outros julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo que apenas comprovam o que é defendido na dissertação: o critério judicial personalidade do agente, de fato, abre uma perigosa brecha para o julgador extrapolar os limites da legalidade das penas e majorá-la, resgatando um direito penal do inimigo. Com efeito, a quantidade de julgados analisados, a grande maioria (90%), comprova o que aqui se defende, ou seja, que o réu não teria o direito de mentir e é punido quando o faz, ignorando o princípio do *nemo tenetur se detegere*. OLIVEIRA, Bruno Almeida de. A sanção judicial da mentira no interrogatório do réu: apontamentos sobre um problema paradigmático. **Empório de Direito**, Florianópolis, 25 jul. 2015. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/a-sancao-judicial-da-mentira-no-interrogatorio-do-reu-apontamentos-sobre-um-problema-paradigmatico-por-bruno-almeida-de-oliveira/>. Acesso em 18 nov. 2016.

[19] Pertinente a lembrança de PASCHOAL, Janaína. *Ingerência indevida*: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor. 2011. p. 159: "Acerca de arranjos que visem contornar o princípio da legalidade, bem aponta Eugenio Raul Zaffaroni, que é inadmissível que se pretenda salvar a legalidade penal com o dever que emerge de outras leis, consignando que o descumprimento de um contrato não é matéria penal, constituindo apenas um ilícito civil".

[20] MOTTA, Ivan Martins. *Erro de proibição e bem jurídico-penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

E foi exatamente sob o pretexto de dar mais dinamismo ao sistema que as normas penais em branco e os tipos penais abertos passaram a fazer cada vez mais parte dos ordenamentos jurídico-penais dos países de tradição codificadora, podendo, pela flexibilização, dar uma maior proteção aos bens jurídicos,

> [...] cuja integridade depende de circunstâncias conjunturais, principalmente diante do fato de que a realidade social passou a exigir uma particular flexibilização na redação e formulação dos tipos penais, já logo após a metade do século XX, com os problemas e as novas formas jurídicas resultantes da chamada 'economia de guerra'. Sendo que, a partir de então, os problemas nucleares desta figura jurídica (das leis penais em branco) passaram a refletir na sua própria conceituação e classificação, diante das questões referentes às garantias e à competência legislativa estabelecidas constitucionalmente. [21]

Voltando ao histórico, percebe-se que a legalidade, neste aspecto, por meio de tais normas, vai deixando de lado a segurança que inicialmente trazia para dar espaço a incertezas e ingerências.

A insegurança começa a se aproximar do que era para ser um sistema mais seguro e de garantia, pautado pelo princípio da legalidade. Sob o argumento de se proteger bens jurídicos, integrando o tipo com outras normas, que o completam, pode-se, na realidade, tipificar condutas sem proteger bens jurídicos, esvaziando o tipo substancial.

A legalidade é tanto para os crimes como para as penas e, também, sua aplicação.

Ao mesmo tempo em que o fenômeno de integrar a norma penal com complementos normativos emanados de outras fontes, que confere dinamismo ao sistema, parece ser uma necessidade da atual sociedade, com os chamados novos riscos inerentes ao momento histórico em que vivemos, por outro lado, pode se fragilizar a segurança jurídica pelo afrouxamento do princípio da legalidade, especialmente quanto a *lex* certa. O afrouxamento da lei certa vai tornando-a incerta, vaga, ampla.

Pode-se chegar a uma insegurança jurídica pela volatilidade e fluidez que possa vir a ter o princípio da estrita legalidade, verdadeiro alicerce do Direito Penal, em seu mister de limitar a atuação do Estado, delineando exatamente as condutas definidas como crime e sua punição.

---

[21] SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco*: aspectos críticos e fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

Sem esquecer, sempre, das garantias penais que estão no seu núcleo, desde a sua origem como limitação ao poder estatal e proteção da liberdade. Como ensina GRECO FILHO,

> O Direito Penal e o Processual Penal estão baseados em princípios advindos do iluminismo, que representou uma reação ao autoritarismo e à arbitrariedade, consagrando formulações como a regra da legalidade, da anterioridade da lei penal, da tipicidade, da responsabilidade pessoal, da culpa individual, do contraditório processual penal, da ampla defesa, do devido processo legal, do direito de ficar calado etc. [22]

Diante disso, indaga-se: A Sociedade de risco justifica um direito penal do risco?

O tema também ganha importância no contexto do que parte da doutrina denomina de "sociedade de risco"[23], onde se pretende um uso do Direito Penal como solução para esses novos riscos.[24] Discorda-se, porém, de tal posição.

Alguns autores buscaram na sociologia o conceito de sociedade do risco[25] para caracterizar a sociedade pós moderna. Transportaram essas ideias para a área jurídica e, nesta para o direito penal criando o que se denominou de direito penal do risco.

Após a evolução industrial e tecnológica experimentada pela humanidade nos últimos tempos, alega-se que novos riscos foram criados e que para gerenciar esses novos riscos o direito deveria se movimentar, em especial o direito penal.

Inerente à ideia de risco também se desenvolveu a ideia de precaução no que se chamou de princípio da precaução.

Mas o direito penal tal como conhecemos é um direito penal reativo e não preventivo.

---

[22] GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos prevenção – repressão*. 13. ed. rev. atual e ampl. com a colaboração e João Daniel Rassi. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 89.

[23] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 30. O autor explica a origem do termo na obra de BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo.* Oginalmente publicada em 1986 e segunda edição de 2011.

[24] MACHADO, Marta Rodriguez e Assis. *Sociedade do risco e direito penal – uma avaliação de novas tendências politico criminais*. São Paulo: Ibccrim, 2005. p. 31: "A teoria da sociedade mundial do risco parece nascer com a percepção social dos riscos tecnológicos globais e de seu processo de surgimento até então despercebido. É uma teoria política sobre as mudanças estruturais da sociedade industrial e, ao mesmo tempo, sobre o conhecimento da modernidade, que faz com que a sociedade se torne crítica de seu próprio desenvolvimento".

[25] BOTTINI, Pierpaolo Cruz *op. cit*. explica bem a origem do termo, calcado em trabalho do sociólogo alemão BECK, Ulrich. *La sociedade del risgo*. Barcelona: Paidós, 1998. Publicado originalmente em 1986.

Parte da doutrina pretende um uso do Direito Penal como solução para esses novos riscos.[26]

Paradoxalmente, para enfrentar novos riscos, que trazem insegurança social, utiliza-se de um direito penal com tipos penais abertos, vagos, gerando, com isso, insegurança jurídica.

Combate-se a incerteza, a insegurança, os novos riscos com um instrumental que, por si só, traz insegurança jurídica.

Não parece ter sido a melhor solução.

O risco sempre acompanhou o ser humano, desde os tempos mais remotos. Cada época tinha seus riscos, seus perigos, suas dificuldades. E a sociedade foi se adaptando a eles. Riobaldo Tatarana, célebre personagem de João Guimarães Rosa, demonstrando a sabedoria do homem simples, já dizia: *"viver é ofício perigoso"*.[27]

Amaral comunga desse mesmo entendimento, ou seja, é contra um direito penal do risco, sugerindo que o direito penal defina internamente o risco penalmente relevante, por meio de processo dialético, com uso da dogmática em suas categorias básicas de ação, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.[28]

Entende não ser possível haver distinção entre um direito penal comum e um direito penal do risco, de acordo com as características da sociedade contemporânea, havendo duas concepções distintas de direito penal.

Vê o autor com muitas reservas a proposta de um direito penal do risco[29], não concordando com tais ideias, corroborando a ideia de que o risco sempre acompanhou a sociedade no decorrer dos tempos, bem como o direito penal do último século.

---

[26] Ou até uma terceira via que não o penal clássico, com a designação própria que cada autor lhe confere, mas ao que parece, todas são formas de manifestação do poder punitivo do Estado.

[27] ROSA, João Guimarães. *Grande sertão*: veredas. 19. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

[28] AMARAL, Claudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea*: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade do risco. São Paulo: Ibccrim, 2007. p. 123: "Assim, vejo com reservas a proposta de Prittwitz que afirma um direito penal 'do risco'". O autor cita artigo de Pritwitz, Cronelius. O direito Penal entre o direito penal do risco e o direito penal do inimigo; tendências atuais em direito penal e política criminal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 47, São Paulo: RT, p. 31-45. E continua Amaral: "Ainda que tal discurso venha justificado com a afirmação de que um direito penal "do risco" deve servir a objetivos justos e necessários, conforme parâmetros que visam assegurar também garantais subjetivas, admiti-lo (um direito penal do risco) equivaleria a fragmentar um ramo do direito que não deve, nem pode sê-lo, por razões principiológicas (legalidade, taxatividade, intervenção mínima, imputação subjetiva e objetiva)". AMARAL, Claudio do Prado, *op. cit*. p. 123.

[29] AMARAL, Claudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea*: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade do risco. São Paulo: Ibccrim, 2007. p. 123: "De outro lado, também,

A mesma ideia exposta de que a sociedade sempre teve e terá seus riscos, inerentes a ela e ao momento histórico, cultural, científico é compartilhada pelo citado autor:

> O risco não é uma especial novidade nem é uma característica privativa ou particular da sociedade presente, na qual, muitos afirmam, a vida nunca foi tão segura. A principal diferença está em que o risco vinha, até então, sendo trabalhado com base em um sistema clássico para a imputação subjetiva de um único resultado naturalístico.[30]

O risco, portanto, sempre existiu, não sendo motivo para fundamentar o uso excessivo do direito penal, com a fragilização dos seus princípios gerando insegurança.

O Estado tem o dever, sim, de tutelar os valores sociais, a sociedade, porém, há outros meios que não o Direito Penal para tanto, não sendo ele o remédio para todos os males.

A sociedade evoluiu. Desde a revolução industrial para a revolução tecnológica, que ainda está em curso e que estamos vivenciando, novos riscos surgem e o direito deve tutelar a sociedade. Mas dizer que só esta sociedade atual é de riscos, nos parece um tanto quanto pretensioso e equivocado, especialmente para tentar justificar um excessivo uso do direito penal como forma de controle social e intervenção na liberdade do cidadão, que ainda é a regra.[31]

Pode-se, sim, se falar em novos riscos, decorrentes de novas técnicas de produção, de mercado globalizado, novas tecnologias e o dinamismo inerente a atual sociedade. Tudo isso, porém, está bem distante de dizer que o risco é uma característica exclusiva e marcante da atual sociedade, a tentar justificar e legitimar o uso excessivo do direito penal em campos que, ao que parece, não é ele necessário, ao menos com o rigor que se pretende, se afastando do que a doutrina chama de Direito Penal Clássico ou tradicional.

---

admitir um direito penal 'do risco' desconsidera o fato de que a ideia de risco não é uma novidade no direito penal do fim do século XX e começo do século XXI".

[30] *Ibid*, *loc. cit*. O autor cita MENDONZA BUERGO, Blanca. El derecho penal em la sociedade del risgo. Madrid: CIvitas, 2001. p. 37. Traz, ainda, Amaral, mais argumentos contra a sociedade e direito penal do risco: "Também, pode-se afirmar que a pluralidade de caracterizações da sociedade de risco, consideradas em sua multiformidade de configurações, faz da ideia de sociedade de risco algo que não pode ser cunhado como um modelo particular de sociedade que se erija em um 'conceito-chave' capaz de autorizar o nascimento de um novo direito penal, qual seja, o 'do risco'. Há mesmo quem afirme que tal modelo de sociedade não se presta sequer à análise da atual evolução do direito penal. E, assim sendo, melhor é tomar o risco como característica marcante da sociedade contemporânea – como foi dito – do que admitir o risco como o adjetivo fundamental e designante da sociedade atual". AMARAL, Claudio do Prado. *op. cit*., p.124.

[31] Liberdade cada vez mais reduzida pelo uso da tecnologia. Tome-se como exemplo o monitoramento por câmeras em quase todos locais.

Daí decorre o fato de que a atual sociedade[32], apesar de novos riscos, não é uma sociedade de risco a justificar o afrouxamento dos princípios informadores do Direito penal como limitação a intervenção estatal na vida do cidadão, especialmente por meio de normas penais vagas, porosas, além das normas penais em branco, criando o que se chama de direito penal do risco. [33]

Esse direito penal do risco, segundo Bottini[34], seria para enfrentar os novos riscos e que, sem ressalvas, pregam uma transformação radical nos conceitos, institutos e princípios da dogmática penal. Propõe, inclusive, a mitigação da reserva legal, a grande utilização de mecanismos de antecipação da tutela penal e o abandono de princípios básicos de garantia dos cidadãos frente ao poder punitivo do Estado, como culpabilidade e a imputação objetiva, por exemplo.

Direito penal, todavia, não é o instrumento para gerir riscos, pois mero risco não o legitima.

Diante de tal panorama, a sociedade atual, pós-moderna ou do risco, não pode prescindir de um direito penal mínimo, garantista, moldado nos princípios constitucionais que lhe permitam limitar o Leviatã que está sempre tentando invadir a esfera individual de liberdade dos cidadãos.

E o faz, todavia, de várias formas. Uma delas é por meio do chamado direito penal do risco, verdadeiro desvirtuamento do direito penal, que passa a funcionar não como garantia e limitação ao poder estatal, mas como meio para operacionalizar essa atuação, deixando o cidadão já fragilizado ainda mais a mercê do Leviatã. Outra, é por meio de técnicas legislativas que afrouxam a legalidade estrita, dando amplo espaço de interpretação e valoração à norma penal, por exemplo.

---

[32] BIZZOTTO, Alexandre. *A mão invisível do medo – e o pensamento criminal libertário*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. O autor, no item 3.1., no qual discorre sobre o protagonismo da tecnologia no mundo contemporâneo, a cegueira, que antes era pela escassez de informações, e hoje pelo seu excesso (excesso de luz também cega), o medo da sociedade e a dificuldade da ideia de direito penal como limitação do poder estatal: "Na diversidade, nessa altura já podendo ser alcunhada como hostil em decorrência da cegueira, o humano tende a ceder ao seu ontológico sentimento de insegurança com a projeção da intolerância para com o Outro desconhecido. Instaura-se nas pessoas um difuso sentimento de medo que funciona como um vetor de orientação de escolhas no convívio social. A mencionada formação da sociedade contemporânea precisa ser mais bem entendida. Com efeito, a discussão sobre uma série de questões que envolvem esse admirável mundo novo e o seu papel na fomentação do medo social apresenta-se pertinente para que se possa compreender a contextualização sobre as dificuldades do desenvolvimento do pensamento criminal libertário e a consequente limitação da atuação do Estado Penal".

[33] SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco*: aspectos críticos e fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 94.

[34] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 106.

Paschoal adverte:

> Hoje, faz-se necessário sair em defesa das liberdades individuais para evidenciar que a paz, a segurança das relações sociais, ou as sociedades futuras não podem ser desculpas para, insidiosamente, por meio do alargamento da responsabilidade penal a título e comissão por omissão, conferir ao Estado o direito de ditar a vida das pessoas. [35]

Uma outra forma, ainda, é o direito penal do inimigo (nova roupagem de um direito penal do autor) no lugar do direito penal do fato.

Importante a passagem pelo direito penal do fato e do autor porque diretamente ligado ao tema central, personalidade do agente como critério de aplicação da pena, critério este que representa um resquício do direito penal do autor, subjetivo, aberto e que dá margem a arbitrariedades, como o tema central relacionado, ou seja, o comportamento do agente, por exemplo, a mentira, e sua consequência penal, o agravamento da pena com base na personalidade.

Isso não condiz com um Estado democrático e de direito, cujas garantais foram duramente conquistadas.

Em que pesem novos delitos, novas formas de criminalidade terem aparecido, o centro, o núcleo da tutela penal e processual ainda é o cidadão, o ser humano, dotado de dignidade constitucional, acusado de um delito que terá contra ele o Estado e todo seu aparato, para processá-lo e, se o caso, puni-lo, mas sempre em observância aos direitos e garantias individuais.

A sociedade deve ser protegida, sim, porém sem esquecermos de sua base, os cidadãos, os seres humanos que a compõem, dotados de dignidade constitucional e que merecem ser protegidos. O Estado protegendo os cidadãos, aplicando os direitos fundamentais, também protegerá a sociedade, ainda que contra os novos riscos.

Direito penal do fato – e não do autor, vez que a Constituição Federal não excepciona cidadãos e não cidadãos, dando a todos os mesmos direitos e garantais – faz parte de tais garantias e deve ser buscado.

A legitimação do direito penal no Estado Democrático de Direito, mesmo frente a novos riscos, deve ser feita com estrita observância dos princípios penais da legalidade, do

---

[35] PASCHOAL, Janaína. *Ingerência indevida – os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não faze*r. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor. 2011. p. 152.

direito penal mínimo, pois assistimos a uma expansão e administrativização do direito penal, muitas vezes usado como a *prima ratio* e não a *ultima ratio* para a proteção dos bens jurídicos essenciais à vida em sociedade, deslegitimando-se.

Os critérios objetivos devem prevalecer sobre os subjetivos, afastando espaços para interpretações.

O que se vê nos tipos abertos, expressões amplas, como a personalidade do agente, que expurga qualquer critério objetivo, dando margem a arbitrariedades, afastando do fato e focando no autor ou inimigo.

Ademais, o direito penal é e deve continuar sendo, sempre, a *"ultima ratio"*, jamais a *prima ratio*, cabendo esta função a outros ramos do direito, por exemplo, o administrativo sancionador, desde que na sua essência, não cuide de assuntos materialmente penais.

Em que pese todo arcabouço teórico por trás desse direito penal mínimo, de *ultima ratio*, fato é que o direito penal experimentou uma inegável expansão nos últimos tempos.

Garapon[36] constatou que nas democracias ocidentais desde o fim dos anos trinta houve um enorme aumento da população carcerária e uma maior utilização da justiça criminal. Passou a atuar a justiça criminal também no campo político, dos patrões, dentre outros que até então não eram por ela atingidos. Há uma intensificação da repressão clássica também, tornando-se o direito penal "*um meio novo de a sociedade moderna exorcizar suas dificuldades"*.

Passa – se a olhar a sociedade pela justiça criminal, visto que qualquer assunto social pode ser objeto de processos criminais. As relações sociais passam pelo processo penal.

---

[36] GARAPON, Antoine. *Bem julgar. Ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 246-247: "Desde o fim dos Trinta Gloriosos que se assiste, em todas democracias ocidentais, a um aumento sem precedentes da população prisional e a uma intensificação do recurso à justiça penal. Essa penalização toma a forma, primeiramente, de uma extensão do campo da justiça penal a categorias como a dos políticos, dos patrões ou dos médicos, as quais, até aqui, tinham escapado à sua alçada. Seguidamente, traduz –se numa intensificação da repressão clássica, visto que o direito penal se torna igualmente num novo meio de a sociedade moderna exorcizar as suas dificuldades. Mais do que os seus resultados concretos, entre os quais a detenção de algumas personalidades, o crescimento da população prisional, ou a entrada em cena de novos atores, a penalização indica o palco através do qual as nossas sociedades olham para si mesmas. Qualquer grande questão da sociedade, como as seitas, o racismo ou até a história, pode hoje ser levantada através de um processo penal. O direito penal é a nova grelha de inteligibilidade das relações sociais. Sendo o direito a nova formalização da coexistência humana, o direito penal será a sua última encenação".

Tanto que ele, direito penal, passa a ser presença constante na mídia, nos meios de comunicação. Casara percebeu a deturpação do processo penal, que passou a ser um processo penal do espetáculo e, para entreter, não sobra espaço para garantir direitos fundamentais, e o desejo de democracia é substituído pelo desejo de audiência. [37]

De outro lado, há situações que a mídia chega a exigir a punição, até imediata. Exemplos saltam aos olhos, especialmente quando ocorrem crimes graves, nos quais há uma tendência ainda maior na punição excessiva exigida pelo senso comum. [38]

Bacigalupo[39] anota que a opinião pública pode até ser contra a atuação judicial, quando comportamentos repercutem na mídia e as leis se mostram insuficientes, mal-acabadas, porém, os limites da estrita legalidade impedem a imposição da sanção penal.

Mencionando as diferenças entre a criminalidade de massa e a organizada, Busato e Bitencourt chamam atenção para o fato de que em ambas o direito penal simbólico é o instrumento utilizado pelo Estado.[40]

Bechara explica que não se trata de fenômeno transitório, pois suas causas são mais profundas, concluindo que é mais atrativo, até pelo seu efeito simbólico, vez que acaba, aparentemente, por substituir as políticas públicas deficientes do Estado.[41]

---

[37] CASARA, Rubens. Processo penal do espetáculo. In: PRADO, Geraldo. *Processo Penal e garantais*: estudos em homenagem ao Professor Fauzi Hassan Choukr. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 497-500.

[38] Tome-se como exemplo o caso da advogada Mércia, que em tese teria sido morta por seu namorado. Referido caso toma os noticiários da época e, na decisão dos jurados, como se não bastassem as qualificadoras, o juiz ao aplicar a pena, considerou que o réu mentiu e, por isso, majorou a reprimenda com base na personalidade, critério do artigo 59, do Código Penal que deixa margem à arbitrariedades e excessos punitivos. A decisão está neste trabalho, bem como a análise do critério personalidade.

[39] BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de Derecho Penale*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999. p. 71.

[40] BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 22*:* "O medo coletivo difuso, decorrente da criminalidade de massa, permite a manipulação e o uso de uma política criminal populista, com o objetivo de obter meios e instrumentos de combate à criminalidade, restringindo, quando não ignorando, as garantias de liberdades individuais e os princípios constitucionais fundamentais, sem apresentar resultados satisfatórios. São em circunstâncias como essa que surgem leis como a dos crimes hediondos, do Crime Organizado e dos Crimes de Especial Gravidade etc., na forma tradicional de usar simbolicamente o Direito Penal".

[41] BECHARA. Ana Elisa Liberatore S. Direitos Humanos e Direito Penal: limites da intervenção penal racional no Estado Democrático e de Direito**.** In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Direito Penal contemporâneo*: questões controvertidas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 162: "É lugar comum destacar a constante presença de temas próprios do Direito Penal nos meios de comunicação e nos debates sociais em geral. Esse protagonismo da justiça penal não se trata de fenômeno transitório, possuindo, ao revés, causas mais profundas. De fato, no âmbito de uma sociedade com escassas alternativas ideológicas , a ausência de propostas de transformação efetiva é compensada pela superficial sobre conflitos valorativos de âmbito limitado ou concreto, que não explicam o questionamento da estrutura social básica. O Direito Penal revela-se, assim, tema atrativo, até em razão de seu efeito simbólico, substituindo-se aparentemente às políticas públicas deficientes do Estado".

Direito penal como o remédio para os males sociais. Nada tão atual e equivocado quanto isso.

Esse excessivo uso do Direito Penal acaba por banalizá-lo, torna-lo um direito penal simbólico, ocasião em que outro ramo do Direito, que não ele, pode se mostrar muito eficaz na tutela do interesse ou valor pretendido.

Instrumento de controle social que é, deve o direito penal estar necessariamente formalizado e submetido aos limites fixados com extrema precisão. Extrai-se daí a necessidade de restringir, delimitar e limitar o poder do Estado, permitindo seu controle por meio de vários princípios (legalidade, proporcionalidade, culpabilidade, etc.). E ter em mente que essa limitação ao Poder do Leviatã foi uma das maiores conquistas do iluminismo, refletidos na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e em vários diplomas pelo mundo, donde se conclui que, mesmo passado mais de dois séculos, tais princípios estão em plena vigência e devem ser preservados.

A antinomia entre o direito penal e as liberdades públicas, ou direitos humanos, sempre existiu e fica entre os dois extremos, um que atinge direitos fundamentais do cidadão (dentre eles a liberdade) e outro, que protege direitos fundamentais da sociedade, por meio da incriminação e condutas e proteção de bens jurídicos.[42] A busca deste equilíbrio é constante. A delimitação da intervenção do Estado na esfera individual do cidadão deve ser clara.

Como bem observa Greco Filho[43], a sociedade, no decorrer da historia, apresenta movimentos pendulares, ora reforçando um certo conservadorismo, ora certo avanço em

---

[42] BECHARA. Ana Elisa Liberatore S. Direitos Humanos e Direito Penal: limites da intervenção penal racional no Estado Democrático e de Direito**.** In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Direito Penal contemporâneo*: questões controvertidas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 153: "A relação entre Direito Penal e direitos humanos sempre foi ambígua, exprimindo uma tensão antinômica entrre dois pólos. Tal antinomia reside na própria essência do ius puniendi, que atinge direitos fundamentais do individuo, a começar por sua liberdade. De outro lado, o sistema penal exerce também uma função de proteção dos direitos fundamentais, por meio da incriminação de comportamentos, no contexto de um movimento duplo, afirmando positivamente valores e atribuindo sentido delitivo à sua transgressão, tudo com o fim de resguardar a segurança e a convivência harmônica no âmbito de determinada sociedade. A busca do ponto de equilíbrio entre os interesses envolvidos (segurança social e direitos individuais) revela-se, assim, uma das mais sérias dificuldades no estabelecimento do conteúdo e da legitimação da intervenção jurídico-penal, estando, justamente, por isso, sempre sujeita a revisão".

[43] GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 91: "Como sempre tem explicado o Prof. Antonio Cândido de Mello e Souza, os movimentos culturais são pendulares, ou seja, de uma ideia que serve de leit motif, passa-se a outra oposta, que se acentua e se esgota, voltando o pêndulo para a ideia anterior, mas modificada porque a realidade mudou. Assim ocorreu na Filosofia, entre racionalismo e idealismo, na Literatura, entre o romantismo e o realismo, o mesmo ocorrendo com o direito. Após a Segunda Grande Guerra, vividos e superados nazismo, fascismo, stalinismo, revigorou-se a necessidade de declarações de direitos do homem, de garantias do indivíduo e das chamadas liberdades públicas. Com esse enfoque

ideias novas contrárias ao movimento anterior. Progride-se até certo ponto e, após regride-se. Isso em relação aos costumes sociais e em vários campos. No direito também é assim, reflexo que é da sociedade. E chama a atenção para a mudança ocorrida após o 11 de setembro, que refletiu bruscamente no direito penal, trazendo à tona o direito penal do inimigo, a nosso ver, antidemocrático, típico de sociedades totalitárias que ignoram os direitos e garantias individuais, como será melhor analisado em tópico próprio.

Nessa mesma ideia de movimentos pendulares, especificamente dentro do direito penal, o debate entre eficácia e garantias individuais não é novo, nos mostrando a história vários exemplos de modelos de intervenção, como adverte Bechara[44], parece que atualmente se aproxima mais do lado de um direito penal de segurança em detrimento de um direito penal voltado a limitar o Estado e proteger as garantias individuais.

Esquece-se ou deixa-se de lado, pois, a função do direito penal de limitação do Leviatã em nome de uma imaginada eficiência que, na realidade, não ocorrerá se não houver um verdadeiro resgate da efetivação do exercício dos direitos humanos diante dos instrumentos de controle social exercidos pelo Estado, dentre eles o direito penal e o processual penal. Em outras palavras, importante a aplicação da lei penal e processual penal, mas nos exatos limites traçados pelas leis e pela Constituição Federal, atente aos princípios penais e processuais, enfim, aplicando os direitos e garantais individuais.

Adverte, mais uma vez Bechara:

> Revela-se, assim, necessária uma análise crítica do fenômeno de expansão do Direito Penal, partindo-se do resgate da importância dos direitos humanos ante os instrumentos de controle social formal exercido pelo Estado. Observa-se, porém, que qualquer reflexão acerca de determinado modelo de intervenção deve partir de pressupostos valorativos que conferem coerência de sua finalidade e legitimidade. Assim, correspondendo a momentos históricos distintos, o Direito Penal reflete

---

formulou-se, entre outras, a teoria do garantismo penal. Acontece que o mundo mudou, especialmente após o 11 de Setembro de 2001, quando vieram à tona de maneira quase incontrolável o terrorismo e a criminalidade organizada. Não é que esses fenômenos não existissem no passado, mas parece que afloraram como um desafio à sociedade e ao Estado regular e democrático. O direito penal em face dessa realidade revelou-se ineficaz e impotente, a ponto de se dizer que passou a ser meramente simbólico. Era inevitável que o pêndulo se dirigisse para o lado contrário, que se imaginasse um direito penal com garantias reduzidas para certo tipo de criminalidade e o que melhor representa essa tendência é o chamado "direito penal do inimigo".

[44] BECHARA. Ana Elisa Liberatore S. Direitos Humanos e Direito Penal: limites da intervenção penal racional no Estado Democrático e de Direito**.** In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Direito Penal contemporâneo*: questões controvertidas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 155: "Na verdade, o discurso de contraposição entre eficácia e garantias individuais não é novo, podendo-se encontrar diversos exemplos na história de modelos de intervenção que se afastam do paradigma penal liberal e pretensamente sustentados por uma ideologia de manutenção da ordem pública ou segurança coletiva contra inimigos, levam ao mesmo efeito autoritário de segregar, por meio do Direito Penal, determinados segmentos sociais. Esse movimento pendular entre autoritarismo e humanismo parece aproximar-se na atualidade mais de um direito penal de segurança, a implicar a limitação de direitos e liberdades individuais em nome de uma maior eficácia e proteção social".

> invariavelmente a orientação filosófico-jurídica e a ideologia política vigentes, relacionadas com a forma de Estado adotada na organização social.[45]

Atualmente, na sociedade brasileira (pode-se dizer que até mesmo mundial) o pêndulo aponta para o lado extremado e exagerado do direito penal, mostrando um punitivismo exagerado, em que pesem os direitos e garantias limitadores do Leviatã. Experimentamos um regresso em termos civilizatórios, em que direitos fundamentais são claramente ignorados em nome da eficácia do sistema. Os efeitos são desastrosos.

Isso não faz bem à democracia, ao Estado Democrático de Direito, na sua essência, pois fere-se a estrita legalidade substancial, não bastando apenas a formal, a mera aparência de legalidade, vez que amplia-se, ao invés de limitar-se, o Leviatã.

Com efeito, Estados ditatoriais se erigiram dentro da lei, da legalidade, sob a forma de estados democráticos de direito. Foi assim com o nazismo e o fascismo. [46]

Os direitos e garantias fundamentais constituem o principal limite ao exercício do poder estatal, por isso não podem ser flexibilizados, sob pena de se afastar o Estado de Direito, não havendo fundamento para legitimar essa violação, sob pena de avançar o totalitarismo, ainda que travestido de democracia:

> O principal limite ao exercício do poder é formado pelos direitos e garantias fundamentais, verdadeiros trunfos contra a opressão (mesmo que essa opressão parta de maiorias de ocasião, da chamada "opinião pública"). Sempre que um direito ou garantia fundamental é violado (ou, como se diz a partir da ideologia neoliberal, "flexibilizado") afasta-se do marco do Estado Democrático de Direito. Nada, ao menos nas democracias, legitima a "flexibilização" de uma garantia constitucional, como, por exemplo, a presunção de inocência (tão atacada em tempos de populismo penal, no qual a ausência de reflexão – o "vazio do pensamento" a que se referia H. Arendt – marca a produção de atos legislativos e judiciais, nos quais tanto a doutrina adequada à Constituição da República quanto os dados

---

[45] BECHARA. Ana Elisa Liberatore S. Direitos Humanos e Direito Penal: limites da intervenção penal racional no Estado Democrático e de Direito**.** In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Direito Penal contemporâneo*: questões controvertidas. São Paulo: Saraiva, 2011. p.155.

[46] CASARA, Rubens. Vamos comemorar um tribunal que julga de acordo com a opinião pública? *Justificando*, São Paulo, 12 mar. 2016. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/03/12/vamos-comemorar-um-tribunal-que-julga-de-acordo-com-a-opiniao-publica/>. Acesso em: 27 out. 2016. "A Alemanha nazista (como a Itália do fascismo clássico) apresentava-se como um Estado de Direito, um estado autorizado a agir por normas jurídicas. Como é fácil perceber, a existência de leis nunca impediu o terror. O Estado Democrático de Direito, pensado como um modelo à superação do Estado de Direito, surge com a finalidade precípua de impor limites ao exercício do Poder, impedir violações a direitos como aquelas produzidas no Estado nazista. Aliás, a principal característica do Estado Democrático de Direito é justamente a existência de limites rígidos ao exercício do poder (princípio da legalidade estrita). Limites que devem ser respeitados por todos, imposições legais bem delimitadas que vedam o decisionismo (no Estado Democrático de Direito existem decisões que devem ser tomadas e, sobretudo, decisões que não podem ser tomadas)".

> produzidos em pesquisas sérias na área penal são desconsiderados em nome da "opinião pública". [47]

Exemplifica citado autor com o processo penal da Alemanha nazista, onde se afastavam garantias para fazer a vontade do povo, combater a corrupção, lutar contra a criminalidade, enfim, expressões não estranhas em nossa realidade brasileira atual.[48]

Sica lembra que, no momento histórico acima referido, o motivo a justificar a intervenção estatal na esfera de liberdade do cidadão era o bem-estar comum, contextualizando, antes, com o contratualismo e Beccaria, a respeito de os cidadãos cederem parte de sua liberdade ao Estado, para controlar a sociedade e manter esse bem comum. Adverte, todavia, sobre a necessidade de limitação do Leviatã, mesmo quando imbuído deste bem comum, pois foi com o mesmo propósito que se ergueram Estados totalitários como o nazista:

> Como assinalado, a gênese as sociedade está na necessidade (ou desejo) de os homens viverem em segurança e pacificamente, levando-os a ceder parte de sua liberdade, colocando-a num depósito público - o Estado –, ao qual atribuíram o direito de punir, sempre em razão da ideia de bem estar comum , modernamente, bem-estar social.
> Em virtude do bem-estar social, tendo em vista sempre a proteção de bens jurídicos a que alude Beccaria contra os comportamentos lesivos, justifica-se a ingerência do Estado na vida dos indivíduos, a ponto de impor restrições até mesmo à liberdade individual. Todavia, também sob o pretexto de garantir tal bem-estar, é que se erigiram os Estados totalitários e se justificam, atualmente, os excessos intervencionistas mesmo nos Estados plurais. É nítido o exemplo dado pelo autor, com uso de expressões vagas, amplas, dotadas de exacerbado subjetivismo, afastando o mínimo de racionalidade e certeza que se espera, por exemplo, dos tipos penais em Estados democráticos.[49]

---

[47] CASARA, Rubens. Vamos comemorar um tribunal que julga de acordo com a opinião pública? Justificando, São Paulo, 12 mar. 2016. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/03/12/vamos-comemorar-um-tribunal-que-julga-de-acordo-com-a-opiniao-publica/>. Acesso em: 27 out. 2016.

[48] *Ibid*. "Na Alemanha nazista, o führer do caso penal (o "guia" do processo penal, sempre, um inquisidor) podia afastar qualquer direito ou garantia fundamental ao argumento de que essa era a "vontade do povo", de que era necessário na "guerra contra a impunidade" ou na "luta do povo contra a corrupção" (mesmo que para isso fosse necessário corromper o sistema de direitos e garantias) ou, ainda, através de qualquer outro argumento capaz de seduzir a população e agradar aos detentores do poder político e/ou econômico (vale lembrar aqui da ideia de "malignidade do bem": a busca do "bem" sempre serviu à prática do mal, inclusive o mal radical. O mal nunca é apresentado como "algo mal". Basta pensar, por exemplo, nas prisões brasileiras que violam tanto a legislação interna quanto os tratados e convenções internacionais ou na "busca da verdade" que, ao longo da história foi o argumento a justificar a tortura, delações ilegítimas e tantas outras violações). E no Brasil?"

[49] SICA, Leonardo. *Direito Penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 30. Em nota de rodapé, citado autor explica com mais profundidade citando outros autores: "O Estado nacional-socialista (eufemismo para nazista) alemão se utilizou amplamente da ideia da defesa do bem-estar geral, como demonstram Rusche e Kirchheimer:'a separação entre lei e moral, um axioma do período do capitalismo competitivo, foi substituído por uma convicção moral imediatamente derivada da 'consciência racial' (Volksgewissen), uma das designações mais frequentes usadas pela nova técnica de dominação. A 'consciência racial'foi introduzida no direito penal através da formação de concepções como 'bem-estar do

Citando Silva Franco, entende Sica que, por conta da globalização, o Estado nação está em declínio e, cada vez mais difícil para ele dar o esperado bem-estar comum aos cidadãos, motivo pelo qual houve e há um aumento do punitivismo e do direito penal simbólico. [50]

E conclui sobre a necessidade urgente de limitação do poder punitivo estatal:

> Por isso, mais do que nunca a esfera do exercício do ius puniendi deve representar, antes de tudo, a manifestação de um sistema de freios ao exercício arbitrário desse próprio poder. "Deve traduzir-se numa fórmula: busca da possível eficiência na proteção dos bens vitais e máxima garantia de respeito aos direitos individuais, observando-se que, ante o quadro social brevissimamente delineado, o espaço de conflito social é cada vez maior e, portanto, os riscos a que se expõem os cidadãos também. [51]

Urge que o mencionado pêndulo comece a apontar ao outro lado, mais condizente com os princípios constitucionais, enfim, para que o direito penal volte a ser do fato, limitador do Leviatã, democrático, cumprindo sua função no Estado Democrático de Direito.

---

povo' e 'sentimento nacional saudável' como parâmetros normativos oficiais [...], e, complementam os autores remetendo a exemplos claros, como o artigo 2º, do Código Penal alemão de 1938: 'A pena é adequada se um ato é cometido e a lei o declara punível, ou exige punição de acordo com a ideia básica de um estatuto penal ou de acordo com um sentimento nacional saudável'. E o art. 266, 2, que dizia que '[...] um caso especial é particularmente grave se o ato prejudicou o bem-estar do povo [...]' Georg Rusche e Otto Kirchheimer. Punição e estrutura social. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro. Freitas Bastos, 1999, p. 236)".

[50] *Ibid*., p. 32.

[51] *Ibid*., *loc. cit*.

2 PROCESSO PENAL E DIREITO PENAL: ESPAÇO PARA A RECONSTRUÇÃO DE FATO ANTERIOR E EXTERIOR, ILÍCITO E TÍPICO

Necessário se mostra abordar a intrínseca relação entre o direito penal e o processual penal para uma visão global do sistema criminal e do tema central aqui tratado. Nesse sentido Gomes Filho[52] ao sustentar o tratamento do sistema criminal como um todo, que remonta a Beccaria, nos permite vislumbrar a simetria entre as garantais materiais e processuais.

Ambos, o direito penal e o processo penal, devem estar no mesmo compasso, caminhando juntos, quando, às vezes, não se misturam e se confundem por meio de alguns institutos.

É no processo, um espaço para reconstrução do fato anterior e exterior, ilícito e típico, o meio de operacionalizar a norma penal, com observância aos direitos e garantias constitucionais assegurados ao acusado.[53]

Um direito penal iluminado pelos princípios constitucionais concretizado por um processo penal nascido inquisitivo, mas que, aos poucos, vai ganhando contornos acusatórios, especialmente com a Constituição Federal, a alteração na disciplina do interrogatório e, após, com a Reforma Processual de 2008, além da influência do Pacto de San José da Costa Rica.

O processo penal é o que antes a Constituição Federal desenhou, ou seja, o regramento do processo penal se interpreta à luz da Constituição Federal.

Para Gomes Filho:

---

[52] GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 29: "A isso tudo deve acrescentar-se ainda que no campo penal tal interpenetração não se esgota no terreno próprio das garantias processuais, mas também diz respeito ao conjunto de garantais de caráter material. O tratamento do sistema criminal como um todo unitário, já postulado na obra fundamenta de Beccaria e que serve, sobretudo, para evidenciar-lhe as disfunções, permite igualmente vislumbrar a simetria entre as garantais penais e processuais penais. Essa incindível unidade foi bem observada por Ferrajoli: se, por um lado, as garantais penais só se tornam realmente efetivas quando asseguradas por um julgamento imparcial no qual a apuração da verdade se faça com a participação e controle dos interessados, sob outro prisma de observação são as garantais de caráter penal igualmente necessárias para prevenir decisões arbitrárias, estabelecendo os limites da repressão".

[53] DEU, Teresa Armenta. *Princípio acusatório y derecho Penal*. Barcelona: J.M. Bosch Editor. 2005. p. 21: A autora começa com a definição de Wach: "Fin del processo penal es la actuación del derecho penal mediante la declaración como existente o inexistente de la relación jurídica entre el derecho que nace del delito y su correlativo deber de persecución". E continua: "A esta definición de Wach, autores de tan reconocido prestigio como son Gómez Orbaneja, em España o Roxin em Alemania y los países de su amplia zona de influencia jurídica, anãden la siguiente consideración: 'Este fin es independente de la forma que el processo adopte, no lo es, sin embargo, la forma respecto de la concepción que se tenga del derecho penal substantivo y de los factores políticos e sociales dominantes em cada época".

> Não se trata, porém, de simples orientação filosófica, visto que essa conscientização tem sido acompanhada pela progressiva positivação e, mais precisamente pela constitucionalização do direito ao processo, com a correspondente explicitação, cada vez mais completa e analítica, das garantais do processo nos textos constitucionais.[54]

O direito penal, todavia, é um sistema de coação indireta, pois não se aplica de modo instantâneo, mesmo que o violador queira, ele não é aplicado de modo direto.

Ele precisa, para ganhar vida e concretude, que antes e primeiro, se jurisdicionalize.

Nesse modo de ver é que tem cabimento expressões bem conhecidas como *"nulla poena sine processo"*, ou ainda "*nulla poena sine judicio*".

Portanto, o Estado não atua a seu gosto, mas sim por meio da jurisdição. E isto em razão de outros direitos de manifesto caráter público, que é o direito de todos e de cada um a liberdade jurídica.

É nesse ponto que emerge o direito processual penal.

E quando se invoca a liberdade jurídica não se deixa de lado as liberdades materiais do art. 5º e seus incisos da Constituição de 1988.

Neste momento surge o processo penal e fica possível entender porque se diz que no campo penal existe um conflito de alta relevância entre o "*ius puniendi"* (na realidade poder dever) de um lado, e o "*ius libertatis*" de outro.

---

[54] Nesse sentido GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 27-28: "A afirmação dessa dupla dimensão garantista inerente ao processo – tanto sob o aspecto político como pela ótica individual – traz como desdobramento natural a constatação de que a proteção que ele representa seria inócua e ineficaz se a própria estrutura processual não fosse concebida de forma a atingir aqueles mesmos objetivos de correção no exercício do poder estatal e de defesa do indivíduo no confronto com o poder punitivo estatal. Na verdade, só pode legitimar a intervenção estatal – seja para solucionar um conflito de natureza civil, seja especialmente quando se trata de impor uma sanção punitiva – um modelo de processo estruturado de forma a assegurara preservação de determinados valores compartilhados pelo grupo social. Referidos valores, embora em alguns casos estejam mais diretamente relacionados à própria atividade processual (endoprocessuais), expressam quase sempre exigências mais gerais, como a igualdade, dignidade da pessoa humana, a liberdade etc., que não podem ser desprezadas no âmbito da atividade judicial de aplicação do direito. Daí ser impossível desvincular da própria ideia de processo a presença de exigências mínimas que constituem, por sua vez, garantais de um desenvolvimento processual que não seja mera encenação ou pura formalidade. A conscientização sobre a importância das garantias processuais, como expressão desses valores fundamentais da civilidade que devem informar as atividades de aplicação jurisdicional do direito, representa talvez o traço mais saliente da cultura processual contemporânea, chegando-se mesmo a afirmar a fecunda e expressiva ideia de um jusnaturalismo processual.

Dentro desse contexto pode-se dizer que o processo penal é o instrumento público de verificação e declaração dos termos de incidência ou não da lei penal, em tutela das liberdades individuais.[55]

Tudo isso se faz a todo instante para exibir o caráter de coação indireta, daí dizer "em tutela dos direitos individuais".

Nesse sentido, Gomes Filho aponta o processo como a primeira e mais importante garantia do indivíduo, pois é por meio dele que se concretiza a proteção dos demais direitos consagrados na Constituição.[56]

Pitombo, novamente, aponta o processo penal como proteção do indivíduo contra eventual abuso estatal:

> O processo penal, como projeção das regras constitucionais, como anteparo, escudo, proteção do indivíduo, contra o eventual arbítrio estatal, na imposição de pena e de medida de segurança, ou de outra qualquer resposta penal, torna efetiva e grandiosa a Justiça Penal. [57]

Bechara nos mostra que na relação entre o Poder e Direito, no caso brasileiro, por conta dos princípios constitucionais informadores do direito penal e processual penal, seu exercício deve estar sempre voltado ao indivíduo. E, além disso, deve ter bem delimitado seu âmbito de proteção e atuação, como por exemplo, não lhe ser atribuído objetivos irreais, como agente político de transformações sociais, sendo o último recurso para manter a ordem social, atuando só em casos em que realmente seja imprescindível.[58]

---

[55] PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Constituição da República e Processo Penal*. Disponível em: <www.sergio.pitombo.nom.br/files/word/const_rep.doc>. Acesso em: 28 out. 2016. Palestra proferida em outubro de 1995 na Justiça Federal de São Paulo.

[56] GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 25: *"Não é exagero afirmar, como fazem Vescovi e Faz Ferreira, que o processo constitui a primeira e mais fundamental garantia do indivíduo, pois é a por meio desse instrumento que se realiza a proteção efetiva dos direitos fundamentais consagrados pela Constituição"*.

[57] PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *op. cit*.

[58] BECHARA. Ana Elisa Liberatore S. Direitos Humanos e Direito Penal: limites da intervenção penal racional no Estado Democrático e de Direito**.** In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Direito Penal contemporâneo*: questões controvertidas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 156: "Em uma sociedade dotada democraticamente de uma Constituição, é essa a norma que definirá os contornos do acordo social, sempre condicionado historicamente e, por isso, suscetível à modificação. Por isso as Constituições tendem a especificar não apenas a estrutura política do Estado, mas também os objetivos que se devem perseguir, expondo um conjunto de princípios e valores superiores a inspirar a atuação dos poderes públicos. Nesse quadro axiológico que informa o Estado e o caracteriza como Democrático de Direito no caso brasileiro, inserem-se os direitos e garantias individuais, a estabelecer uma especial relação entre o Poder e o Direito, de forma que seu exercício esteja sempre voltado ao indivíduo, transcendendo a mera tarefa de controle ou manutenção da ordem pública. Em tal contexto normativo, o Direito Penal, como subsistema do sistema de controle social é atualmente subordinado à carga valorativa que conforma todos os outros subsistemas de controle e, assim, o próprio modelo de Estado. Essa constatação impede que se atribuam ao Direito Penal objetivos irreais, como agente político de transformação social . Ao contrário, o Direito Penal deve ter bem delimitado seu âmbito de proteção, que, à evidência, haverá de ser reduzido, em razão de sua consideração como o último recurso do Estado nos casos

Nessa linha de prevalência do indivíduo sobre o social por conta dos direitos humanos, liberdades públicas ou direitos civis, erigidos à condição de princípios constitucionais, ou direitos fundamentais, a proteção a tais direitos deve ser a base, o foco, luz que ilumina o sistema punitivo. A pessoa é a destinatária da norma jurídico-penal[59], ainda que situada em uma sociedade complexa, do risco.

Sob o aspecto material, do direito penal, para os adeptos da política criminal, pode-se dizer que esta, no Brasil, está consubstanciada nos direitos e garantias fundamentais cujo núcleo é o ser humano, o indivíduo, ou seja, na garantia dos direitos humanos.

Nesse sentido, Bechara:

> Atualmente, pode-se conceituar a política criminal e forma abrangente, correspondente ao conjunto dos procedimentos pelos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal.
> O critério político-criminal fundamental, no âmbito de um Estado Democrático de Direito de cunho personalista é, sem dúvida, a garantia dos direitos humanos. Aceito esse pressuposto político-ideológico e tomado o Estado como instrumento a serviço dos indivíduos, a atividade político-criminal deverá estar necessariamente orientada à busca da proteção dos respectivos direitos fundamentais, mesmo na esfera penal. [60]

Continua Bechara discorrendo que as Constituições democráticas têm em suas bases o reconhecimento e proteção dos direitos humanos, sendo eles um critério para se aferir o estágio de desenvolvimento dos Estados.[61]

O sistema de justiça criminal deve, portanto, se orientar, respeitar e tutelar os direitos fundamentais expressos na Constituição Federal.

O processo é, pois, a proteção do indivíduo contra eventual arbítrio estatal na imposição da pena e da medida de segurança. Ele está a operar em tutela dos direitos

---

em que se revele imprescindível à manutenção da ordem social. E é nessa perspectiva subsidiária e fragmentária que deve o sistema de Direito Penal ser examinado em confronto com o reconhecimento e proteção dos direitos humanos".

[59] BECHARA. Ana Elisa Liberatore S. Direitos Humanos e Direito Penal: limites da intervenção penal racional no Estado Democrático e de Direito**.** In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Direito Penal contemporâneo*: questões controvertidas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 159.

[60] *Ibid*., p. 158.

[61] *Ibid*., *loc. cit*. "Verifica-se, então, que o reconhecimento e a proteção dos direitos humanos estão na base das Constituições democráticas modernas, a definir uma dimensão substancial, não apenas ao Direito, mas à própria democracia, sob perspectivas diversas - na vertente negativa, os direitos humanos não podem sofrer violação de nenhuma maioria ou mesmo da unanimidade social; de outro lado, tais direitos geram vínculos positivos no sentido de sua satisfação, a que nenhuma maioria pode renunciar ou deixar de cumprir. A partir da constatação da medida da observância desses vínculos, a prática em matéria de direitos humanos revela-se um importante fator a determinar o estágio de desenvolvimento de um Estado, assim como o estágio de um Estado permite explicar em parte o tratamento que se confere aos direitos humanos".

individuais.[62] E é na aplicação da pena, na sua dosimetria, quando mais se vê essa face do Leviatã. É no momento da aplicação da pena que se abre espaço para arbitrariedades do julgador contra o acusado, deixando de lado, muitas vezes, a conduta.

Da Rosa, apresentando a obra de Paschoal[63], aduz que

> É justamente no momento de aplicação da pena que acontecem as maiores barbaridades de projeção do julgador em face do acusado e não mais sobre a conduta. A aplicação da pena é dirigida ao mundo da vida, sendo necessário que os atores jurídicos e, em especial, o um-juiz, dê-se conta de que sua decisão gera efeitos inexoráveis nos envolvidos (acusado, vítima, etc). [...]. Daí é que, comprovada a autoria e materialidade da infração, bem como os pressupostos para a aplicação da sanção, reabre-se na aplicação da pena um momento especial de invocação dos pressupostos democráticos, evitando-se o enxovalhamento arbitrário.

A simbiose do processo penal com o direito penal tem seu ponto máximo de expressão na aplicação da pena. Aqui ela se concretiza, sai do tipo penal abstrato e ganha corpo, é individualizada.

E o Direito Penal, fundado na legalidade, princípio fundamental do estado social e democrático de direito, dotando-o de vertentes, o coloca como garantia, a mais valiosa do Estado Democrático de Direito. É a pedra angular de todo o direito penal de origem latina.

A relação intrínseca entre direito processual e material, dentro do tema a ser tratado, verifica-se, por exemplo, nos atos processuais praticados pelo acusado e seu defensor e sua direta repercussão na pena.

Antes disso, porém, também é exemplo dessa relação alguns comportamentos do acusado no processo que podem ensejar a resposta cautelar, sendo a prisão preventiva um caso, na hipótese de ameaçar testemunhas, ou do bloqueio de bens e valores quando houver prova de que serão dissipados, prejudicando a reparação do dano.

A confissão, meio de prova no processo penal, ao mesmo tempo se mostra como instituto de direito penal ligado à aplicação da pena, atenuante que é (art. 65, CP).

A própria teoria da pena e sua aplicação – muitas vezes relegada, se comparada à teoria do delito, como sustentam vários autores, matéria típica de direito penal, quando da sua concretude, aplicação por meio da sentença, fundamentação, matéria típica de processo.

---

[62] PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Constituição da República e Processo Penal*. Disponível em: <www.sergio.pitombo.nom.br/files/word/const_rep.doc>. Acesso em: 28 out. 2016. Palestra proferida em outubro de 1995 na Justiça Federal de São Paulo.

[63] PASCHOAL, Luana. *O juiz e a aplicação da pena*: análise doutrinária, jurisprudencial e deontológica. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2014. Apresentação da obra por Da Rosa, Alexandre Moraes.

São todos eles casos, dentre outros, que demonstram a intrínseca relação do processo penal com o direito penal.

A principal relação entre o direito material e o processual, e aqui tratada, é relação entre o acusado, sujeito de direitos, e seus comportamentos processuais (sendo o principal a autodefesa, no interrogatório em audiência, o direito ao silêncio e o *nemo tenetur se detegere*, forma mais ampla) e a pena aplicada, que deve ser justa, legal, em consonância com o princípio da individualização e o postulado da legalidade estrita. Para tanto, sua fixação deve evitar critérios subjetivos, abertos, como é o caso da personalidade, antecedentes e conduta social do agente, por exemplo.

Mais ainda, analisando alguns casos concretos, vê-se que, apesar dos princípios mencionados (*nemo tenetur se detegere*, legalidade estrita e direito penal do fato – princípio da culpabilidade) a pena ainda é exasperada com a utilização de um critério legal ainda existente entre nós – a personalidade do agente – previsto nas chamadas circunstâncias judiciais, que dá margem a discricionariedade e arbitrariedades perpetradas, configurando claro direito penal do autor, resquício Lombrosiano que não pode ser aceito no pretendido Estado Democrático de Direito estampado na Constituição Federal de 1988.

Ainda aproveitando os dizeres de Da Rosa,

> Sobre a personalidade do agente, os julgamentos moralizantes desfilam com todo vigor, se legitimando imaginariamente os censores de toda-a-ordem-moral, a maioria dos magistrados adjetivam muito mais do que democraticamente poderia se esperar. julgam, enfim, o pária com um desdém demoníaco, em nome da segurança jurídica e do bem, obviamente.[64]

O direito penal e o processual penal do Estado democrático e de direito não autorizam tais julgamentos, onde se tem uma brecha para realização de julgamentos morais, com base em termos vagos, abertos e indeterminados como é a personalidade, critério do artigo 59, do Código Penal, ferindo a legalidade estrita, a segurança jurídica, tudo por meio do processo, que materializa o direito penal, a sanção propriamente dita e a individualiza, marcando ainda mais o cidadão submetido ao sistema de justiça criminal.

E é nesse sistema de justiça criminal que se situam o direito penal e o processo penal, sendo por meio deste que se instrumentaliza e concretiza o direito penal, a sanção, devendo o julgador, neste momento de aplicação da pena, fazer valer a essência da estrita

---

[64] PASCHOAL, Luana. *O juiz e a aplicação da pena*: análise doutrinária, jurisprudencial e deontológica. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2014. Apresentação da obra. p. 7.

legalidade, formal e material, fechando as brechas do sistema e, ainda nesta fase, observar eventuais reflexos da vedação à autoincriminação e da ampla defesa.

2.1 ATUAL MOMENTO DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL NO BRASIL. EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E MITIGAÇÃO DO PROCESSO E SUAS GARANTIAS. O APELO AO PROCESSO NO COMBATE À CRIMINALIDADE

O Estado atualmente utiliza o direito penal e processual penal para combater a criminalidade e tentar acalmar a opinião pública, deturpando uma de suas funções.

Sob o contexto da moderna sociedade de risco, antecipa-se a tutela penal. Inicialmente, como regra geral, tínhamos os crimes materiais, resultado necessário para a caracterização do delito. Depois avançou-se para os crimes formais. Após, os crimes de perigo concreto, sucedidos pelos de perigo abstrato, antecipando-se cada vez mais a resposta penal. A etapa posterior foram os crimes associativos (nossa lei de Organização criminosa é um bom exemplo, ou até mesmo o antigo delito de quadrilha ou bando para justificar a prisão temporária, de duvidosa constitucionalidade), em que se criminalizam etapas prévias da conduta.

Porém, ainda na visão deturpada, percebe-se que tudo isso não foi suficiente e passa-se a utilizar, além do direito penal, o direito processual penal que, visto como obstáculo, passa a ter suas regras, garantias, relativizadas, até chegar ao ponto de ser ignorado e colocado de lado pela justiça negociada, de duvidosa constitucionalidade diante do princípio da obrigatoriedade.

É o processo penal de vigilância, que traz formas de atuação já na investigação (delação premiada, entrega controlada, agente infiltrado). Esse o cenário: antecipação da intervenção penal material num primeiro momento e, após, a antecipação da intervenção processual penal na investigação. Os tipos são fluídos, vagos, e sem necessidade de prova direta.

Com isso prende-se cautelarmente, bloqueia-se bens e valores e, mais recentemente, temos a delação premiada.

Se estava difícil com o processo clássico e suas regras, complicado, servindo de óbice à punição sem limites, - afinal temos as garantais constitucionais - verdadeiras

barreiras a eventuais arbítrios, com a delação se elimina o problema e já se resolve na investigação.

Substitui-se todo o processo por uma verdade obtida pelo consenso, institutos comuns de outros ordenamentos, de outros sistemas, com culturas jurídicas distintas são importados, criando um verdadeiro choque o seu uso até então não imaginados e sequer previstos no ordenamento. Não que não sejam válidos, mas, antes, precisam ser bem regrados e delimitada a sua incidência.

Não se critica a importação dos institutos, que pode sim ser salutar para a evolução do ordenamento jurídico, desde que compatível com os direitos e garantias constitucionais. Critica-se o uso de alguns institutos importados ignorando princípios elementares do ordenamento, bem como fazendo vistas grossas às garantias constitucionais.

Algumas palavras sobre o consenso no processo penal atual merecem ser ditas.

Primeiro porque ligadas ao tema, comportamento do acusado no processo e consequências penais. E segundo que não será objeto do presente trabalho a delação premiada porque ela, por si só, já daria um trabalho a parte.

Porém, algumas primeiras ideias sobre o tema, dada a atualidade, serão ditas, ainda que breves, no contexto do uso do processo no combate à criminalidade, ou melhor, da supressão do processo no combate à criminalidade.

Atualmente o consenso, na forma da delação premiada, ganha destaque no país. Expandiu-se do processo penal para as manchetes dos jornais.

O primeiro passo foi a transação penal e a suspensão condicional do processo, novidades lançadas no ordenamento jurídico pátrio com a Lei nº 9.099/1995, isso ainda nos idos de 1995, há vinte e um anos. Novidade, discussões, debates teóricos calorosos entre os defensores – afinal iria desafogar o Judiciário – e os críticos ferrenhos – é pena sem processo.

O fato é que tais institutos, importados de outros ordenamentos hoje fazem parte do cotidiano forense criminal. Aparentemente, a ideia de desafogar o Judiciário parece não ter vingado (pois continua abarrotado de processos) e, ao contrário, muitos casos que seriam arquivados costumam, hoje, ir para a audiência preliminar com proposta de transação penal sem antes o titular da ação penal analisar e ver que era caso de arquivamento, ignorando a letra da lei. Basta ver as longas filas nos Juizados Especiais nos dias de audiência preliminar para proposta de transação penal.

Importando institutos de outros ordenamentos não fazemos ideia dos efeitos que irão causar no sistema. No caso, nesse aspecto acima apontado, aumento do punitivismo, pois casos que seriam arquivados vão para proposta de transação. Outro aspecto é o da sensação de impunidade para a vítima, que diante de uma lesão corporal leve, por exemplo, ainda que represente, fica frustrada ao ver que seu agressor, ao pagar uma cesta básica, já está quite com a Justiça.

Saindo da criminalidade comum, mais recentemente a forma mais nova de consenso no processo tomou as manchetes de jornais, ocupando as principais notícias do dia por muito tempo e até o momento.

A regra no processo penal tradicional é que o ônus da prova é da acusação. A barganha acaba com isso. Suprime, decepa o ônus da prova da acusação.

Acatando a ideia de Silva Sanches das velocidades do direito penal (na qual o direito penal de primeira velocidade é o direito penal clássico, o de segunda o de infrações administrativas, com atenuação das garantias), primeiro se define o direito material para, após, o modelo de processo.

Problema ocorre ao surgir o direito penal de terceira velocidade (organizações criminosas, terrorismo, direito penal do inimigo, etc.) e ocorre essa mesma abertura das garantias. A lógica do processo penal, que antes era garantista – princípio da legalidade do crime e das penas, e que o processo era necessário para a pena - passa a ser a de uma pena sem processo.

Na prática, com o consenso (transação e delação), cria-se uma pena sem processo.

Retira-se a lei que previa uma pena abstrata e retira-se o processo como instrumento de verificação da incidência ou não da lei penal.

E o problema não fica circunscrito às infrações de menor potencial ofensivo, mas sim expande-se para outros delitos, ganhando os holofotes da mídia ao ter como seus atores pessoas que até então não frequentavam o cárcere, como políticos e empresários.

A questão fundamental que surge é se é legítimo punir desta maneira? Se é legítimo punir sem processo, sem a jurisdição, sem a obrigatoriedade da ação penal.

Substancialmente, experimenta-se um regresso ao modelo inquisitório (Canônico). Prendia-se para obter a confissão, a verdade a qualquer custo.

Oitocentos anos da Magna Charta e estamos voltando para suprimir o processo e as garantias, conquistados a duras penas e, diante de uma ameaça, busca-se a confissão (acordo) e uma condenação sem processo. É exatamente a mesma coisa, com certas modernidades, que dão nova roupagem a institutos já antigos.

A denominada operação lava jato é um exemplo.

Prende-se para coagir e incentivar delações, ainda que se negue, pelas notícias veiculadas pela imprensa, é a impressão que se passa. O sujeito é preso sem prazo máximo de prisão cautelar previsto, tem seus bens bloqueados, ameaçados e cria-se um sistema absolutamente desigual para negociar o que quer que seja.

Por isso a delação deveria ser mais bem regulamentada.

Ainda assim, a questão de base, ou seja, aceitar e liberar a punição estatal (pena privativa de liberdade) por simples acordo, soa muito estranho.

É a liberdade do cidadão, seu mais precioso bem, que está sendo disposta, negociada, como se fosse um direito disponível, sem a participação do Judiciário, que apenas chancela, ao final, o negócio celebrado entre o delator, réu, acusado e o Ministério Público, que livra-se de seu dever de provar o fato.

Mas será que valerá também para a criminalidade comum, para os delitos do dia-a-dia, para a grande freguesia do sistema penal?

Diante disso, mais especificamente, indaga-se: possuímos um processo penal único?

Parece que não.

A delação e o acordo de leniência são realidades estampadas nas manchetes dos jornais. A delação premiada não é mais exceção e, se realmente acolhida, altera todo o processo penal tradicionalmente conhecido.[65]

Não é exceção para a nova criminalização midiática, mas continua sendo para a grande massa que ocupa o sistema carcerário, destinatários do direito penal tradicional.

Reduz-se garantias básicas, antecipam-se medidas drásticas, como a prisão temporária e a preventiva, o bloqueio de bens e valores, buscas e apreensões, interceptação

---

[65] ROSA, Alexandre Moraes da. Como é possível ensinar processo penal depois da operação "lava jato"? *Consultor Jurídico*, São Paulo, 4 jul. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-04/diario-classe-possivel-ensinar-processo-penal-depois-lava-jato>. Acesso 28 set. 2016.

telefônica e o novel uso de institutos importados de outros países, com culturas distintas da nossa, que ficam figurando como que um "Frankstein", como é exemplo a já mencionada delação premiada. Tudo no afã e no anseio de, antecipando-se medidas para antes do processo se instaurar, passar à sociedade que o Estado está no controle da situação, tentar mostrar um combate a criminalidade, ignorando-se as garantias elementares do Estado de Direito numa nítida demonstração de que o direito e o processo penal estão sendo cada vez mais deturpados.

Ignoram-se garantias caras em prol de uma eficiência no controle da criminalidade.

Maior eficácia e proteção social de um lado (por meio de limitação de direitos e liberdades individuais, com um direito penal de segurança) versus garantias individuais.

Esse o conflito atual existente no processo penal, mas que, é apenas aparente, pois a Constituição Federal orienta a aplicação do processo, apontando para o humanismo, sempre que há esse conflito entre autoritarismo e humanismo, pelo simples fato de dotar de primazia os direitos e garantias individuais, o cidadão, o indivíduo frente ao Leviatã.

Em ambos fenômenos, criminalidade de massa (tradicional) e criminalidade organizada, o que há em comum é o desrespeito flagrante aos direitos e garantias individuais e o uso do direito penal simbólico, com a ajuda da mídia, que faz uso de um discurso legitimador.[66]

Novamente o pêndulo varia entre o humanismo e o totalitarismo.[67]

---

[66] BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentário à Lei de Organização Criminosa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 23: "Enfim, todo esse estardalhaço na mídia e nos meios políticos serve apenas como discurso legitimador' do abandono progressivo das garantias fundamentais do direito penal da culpabilidade, com a desproteção de bens jurídicos individuais determinados, a renúncia dos princípios da proporcionalidade, da presunção de inocência, do devido processo legal etc., e a adoção da responsabilidade objetiva, de crimes de perigo abstrato. Na linha de 'Lei e Ordem', sustentando-se a validade de um direito penal funcional, adota-se um moderno utilitarismo penal, isto é, um utilitarismo dividido, parcial, que visa somente a 'máxima utilidade da minoria', expondo-se, consequentemente, às tentações de autolegitimação e a retrocessos autoritários, bem ao gosto de um direito penal máximo, cujos fins justificam os meios, e a sanção penal, como afirma Ferraajoli, deixa de ser 'pena' e passa a ser 'taxa': "Na verdade, para afastar essas diferenças apontadas é necessário recorrer-se a uma segunda finalidade utilitária, da qual, neste estágio da civilização, não se pode abrir mão: além de 'máximo de bem estar' para os 'não desviados', deve-se alcançar também o 'mínimo de mal estar' necessário aos 'desviados', seguindo a orientação de um Direito Penal mínimo." .

[67] Ver notas 43, nas quais se explica o pêndulo referido pelos professores Vicente Greco Filho e Ana Elise Liberatore Bechara.

O momento histórico é perigoso. E é em momentos assim é que o sistema de garantias tem que atuar, ignorando a opinião pública (leiga, movida por paixões), que vai contra o acusado, via de regra.

Assistimos, pode-se dizer que até cotidianamente, o judiciário proferir decisões motivadas pela opinião pública, no calor das paixões sociais, o que se mostra perigoso para a democracia, para o Estado de Direito. A história sempre nos ensina e, qualquer semelhança não parece ser mera coincidência com a década de 30 do século passado na Alemanha.

Casara adverte para esse perigo ao analisar o período acima referido em que Hitler contava com o apoio popular, alterou as leis atropelando os direitos fundamentais porque eles consistiam em obstáculos à eficácia do sistema. E o Judiciário, quando conclamado a se manifestar, não foi obstáculo, muito pelo contrário, validava as arbitrariedades que eram feitas, tudo em nome do combate à corrupção e à criminalidade. Não queriam desagradar a opinião púbica para não caírem em desgraça por serem acusados de coniventes com as mazelas sociais, ou de se tornarem vítimas da polícia nazista (que realizava gravações clandestinas contra pessoas do poder e do Judiciário e foram noticiadas à época).[68]

---

[68] CASARA, Rubens. Vamos comemorar um tribunal que julga de acordo com a opinião pública? *Justificando*, São Paulo, 12 mar. 2016. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/03/12/vamos-comemorar-um-tribunal-que-julga-de-acordo-com-a-opiniao-publica/>. Acesso em: 27 out. 2016. "A "justiça penal nazista" estabeleceu-se às custas dos direitos e garantias individuais, estas percebidas como obstáculos à eficiência do Estado e ao projeto de purificação das relações sociais e do corpo político empreendida pelo grupo político de Hitler. Aliás, a defesa da "lei e da ordem", "da disciplina e da moral" eram elementos retóricos presentes em diversos discursos e passaram a integrar a mitologia nazista. Com o apoio da maioria dos meios de comunicação, que apoiavam o afastamento de limites legais ao exercício do poder penal, propagandeando uma justiça penal mais célere e efetiva, alimentou-se a imagem populista de Hitler como a de um herói contra o crime e a corrupção, o que levou ao aumento do apoio popular a suas propostas. Hitler, aproveitando-se de seu prestigio, também cogitava alterações legislativas em matéria penal, sempre a insistir na "fraqueza" dos dispositivos legais que impediriam o combate ao crime. Se o legislativo aplaudia e encampava as propostas de Hitler, o Judiciário também não representou um obstáculo ao projeto nazista. Muito pelo contrário. Juízes, alguns por convicção (adeptos de uma visão de mundo autoritária), outros acovardados, mudaram posicionamentos jurisprudenciais sedimentados para atender ao Führer (vale lembrar que na mitologia alemã o Führer era a corporificação dos interesses do povo alemão). Vale lembrar, por exemplo, que para Carl Schmitt, importante teórico ligado ao projeto nazista, o "povo" representava a esfera apolítica, uma das três que compõem a unidade política, junto à esfera estática (Estado) e à esfera dinâmica (Movimento/Partido Nazista), esta a responsável por dirigir as demais e produzir homogeneidade entre governantes e governados, isso através do Führer (aqui está a base do chamado "decisionismo institucionalista", exercido sem amarras por Hitler, mas também pelos juízes nazistas). O medo de juízes de desagradar a "opinião pública" e cair em desgraça – acusados de serem coniventes com a criminalidade e a corrupção – ou de se tornar vítima direta da polícia política nazista (não faltam notícias de gravações clandestinas promovidas contra figuras do próprio governo e do Poder Judiciário) é um fator que não pode ser desprezado ao se analisar as violações aos direitos e garantias individuais homologadas pelos tribunais nazistas. Novamente com o apoio dos meios de comunicação, e sua enorme capacidade de criar fatos, transformas insinuações em certezas e distorcer o real, foi fácil taxar de inimigo todo e qualquer opositor do regime.".

Ademais, o nazismo não se impôs a partir do terror, mas sim a partir de um consenso, com forte uso da mídia na manipulação da população, clamando esta para o afastamento dos limites legais ao exercício do poder, no caso, o penal, para vencerem a luta contra a corrupção e o crime.

É inevitável a comparação, um paralelo com autoritarismos históricos. Casara, novamente esclarece sobre o período histórico do nazismo, em que se utilizava a opinião pública, o consenso do povo para afastar os limites à atuação do poder punitivo. [69]

Em períodos assim é comum se relativizar os direitos e garantias em nome da defesa da sociedade, com argumentos simplistas e utilitaristas, mas que cativam as massas.[70]

Na atualidade não vivenciamos situação muito distinta.

Esse o perigo.

Já em 2006, Hassemer se mostrava preocupado com o fato de as garantias liberais do direito penal clássico não suportarem a pressão gerada pela expectativa oriunda de uma sociedade insegura e obcecada pelo controle.[71]

Os dois ramos do direito – Penal e Processual Penal - se misturam e interferem diretamente um no outro, sendo que muitas vezes fica difícil definir um instituto como de direito material ou processual.

---

[69] CASARA, Rubens. Vamos comemorar um tribunal que julga de acordo com a opinião pública? *Justificando*, São Paulo, 12 mar. 2016. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/03/12/vamos-comemorar-um-tribunal-que-julga-de-acordo-com-a-opiniao-publica/>. Acesso em: 27 out. 2016. "Ao contrário do que muitos ainda pensam (e seria mais cômodo imaginar), o projeto nazista não se impôs a partir do recurso ao terror e da coação de parcela do povo alemão, Hitler e seus aliados construíram um consenso de que o terror e a coação de alguns eram úteis à maioria do povo alemão (mais uma vez, inegável o papel da mídia e da propaganda oficial na manipulação de traumas, fobias e preconceitos da população). Não por acaso, sempre que para o crescimento do Estado Penal Nazista era necessário afastar limites legais ou jurisprudenciais ao exercício do poder penal, "juristas" recorriam ao discurso de que era necessário ouvir o povo, ouvir sua voz através de seus ventríloquos, em especial do Führer, o elo entre o povo e o Estado, o símbolo da luta contra o crime e a corrupção".

[70] CASARA, Rubens. Vamos comemorar um tribunal que julga de acordo com a opinião pública? Justificando, São Paulo, 12 mar. 2016. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/03/12/vamos-comemorar-um-tribunal-que-julga-de-acordo-com-a-opiniao-publica/>. Acesso em 27 out. 2016. "Passou-se, em nome da defesa do "coletivo", do interesse da "nação", da "defesa da sociedade", a afastar os direitos e garantias individuais, em uma espécie de ponderação entre interesses de densidades distintas, na qual direitos concretos sempre acabavam sacrificados em nome de abstrações. Com argumentos utilitaristas (no mais das vezes, pueris, como por exemplo o discurso do "fim da impunidade" em locais em que, na realidade, há encarceramento em massa da população) construía-se a crença na necessidade do sacrifício de direitos".

[71] HASSEMER, Winfrield. *Direito Penal libertário*. Belo Horizonte: Del Rey. 2007. Prefácio à edição brasileira da obra.

O tema aqui estudado – consequências penais do comportamento do acusado no processo – dá bem conta disso. Essa relação intrínseca entre o Direito Penal e o Direito Processual Penal que faz ambos serem vistos como um só sistema a limitar a poder estatal. Ao mesmo tempo que temos o poder punitivo se manifestando por meio deles, temos também essa outra faceta garantista, nascida no iluminismo e que é inerente ao Estado Democrático e de Direito, que deve ser resgatada.

2.2 DIREITO PENAL DO FATO E DIREITO PENAL DO AUTOR

Os fatos, apenas, é que devem ser objeto de incriminação no Estado democrático e de direito, jamais pensamentos, atos preparatórios, condição, estado perigoso, modo de vida. Não se incrimina pelo que é, mas pelo que se faz, se age, se atua.

O Direito penal no Estado Democrático e de Direito é o Direito Penal do fato, predominantemente, ou seja, pune-se pelo fato praticado, por ser este crime definido em lei. O agente, porém, em momento posterior é também considerado, mas sempre dando precedência ao fato.[72] E isso constitui um limite ao poder dever de punir.[73]

Pune-se, obviamente, o autor do fato definido na lei como crime, mas por conta do fato, não pelo autor, suas características, seu modo de vida, sua personalidade, enfim, se é ou não bom, ruim, bem ou mal visto, pune-se, repita-se, o fato.

Ao discorrer sobre um modelo estrutural de racionalidade ética penal, bem como sobre os princípios de tal modelo, divido-os em três grandes grupos (Princípios de proteção, que delimitariam o conteúdo da tutela do direito penal; princípios de responsabilidade, que traz os requisitos mínimos para haver a responsabilização penal; e princípios da sanção, que definiriam os critérios configuradores das reações sancionatórias à conduta criminal) [74], esclarece Ripollés sobre o princípio da responsabilidade pelo fato:

> Esse princípio busca assegurar que só se exija a responsabilidade por condutas externas e concretas, e se decompõe em dois subprincípios, ambos formulados negativamente, o da impunidade do mero pensamento e o da impunidade pelo modo de vida.[75]

---

[72] TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 250-251.
[73] REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 33.
[74] RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A racionaldiade das leis penais*: teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 144.
[75] *Ibid*., p. 156.

Ocorre que nem sempre foi assim, sendo que na evolução do direito penal tivemos momentos de clara manifestação do direito penal do autor, como por exemplo a Escola Positiva, tendo em Lombroso um e seus mais conhecidos expoentes.

Em que pese a evolução experimentada pelo direito penal, nosso sistema ainda traz alguns resquícios do conhecido direito penal do autor, sendo o critério da personalidade do agente, dentre os previstos no artigo 59, do Código Penal, um deles, como será visto.

Temos como direito penal do autor, portanto, o direito penal que não só pune o autor do fato, mas foca-se nele, ou seja, pune –se por ser o autor quem ele é e não pelo fato que praticou.

A história é farta em exemplos, sendo um dos maiores o direito penal nazista. O inimigo era o judeu, o homossexual. Era ele que era combatido pelo sistema de justiça criminal.

Reale Junior destaca que

> A periculosidade sempre foi o recurso dos sistemas políticos totalitários, como se deu com o nazismo e comunismo, em que alcançavam relevo a predisposição para agir em ofensa ao 'são sentimento do povo alemão' ou aos 'interesses da coletividade socialista.[76]

Esclarecendo essa dicotomia direito penal do fato/direito penal do autor (ou ainda, culpabilidade pelo fato, direito penal do fato), Toledo[77] esclarece que o crime aparece como fato causado por um ser humano, havendo, portanto, dois fatores bem distintos: o fato e o seu autor, ou a ação humana e o agente.

O sistema punitivo é construído, portanto, tomando-se por base um desses dois fatores (fato ou o autor), ou ambos concomitantemente.

Considerando-se, em determinado sistema, única e exclusivamente apenas o fato, isolado do agente, haveria um puro "direito penal do fato". Por outro lado, levando-se em conta apenas o autor, separando – o do fato, teríamos um puro "direito penal do autor", o que, de fato, é impossível haver, pois na verdade não há sistema que se apresente com tal pureza.

---

[76] REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 33.
[77] TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 252.

Continua citado autor exemplificando com as escolas penais casos de direito penal do fato extremado, como sendo a escola clássica e do autor, na vertente positivista. [78]

E conclui que nenhum sistema apresenta essa pureza: "Na verdade, porém, nenhum sistema apresenta essa pureza. O que há são sistemas que mais se aproximam ora de um, ora de outro desses extremos".[79]

Esse meio termo, essa corrente moderada consiste, portanto, num direito penal do fato que também considera o autor, sendo esta a posição do moderno direito penal: "Predominantemente um moderado direito penal do fato. Assim é na Alemanha, na Itália, no Brasil e em outros países civilizados". [80]

Toledo continua exemplificando que basta examinar os códigos e leis penais em vigor que, em geral, tipificam fatos e não perfis psicológicos de autores. Porém, alerta que referida legislação também não despreza por completo o autor, considerando a personalidade, antecedentes dentro do contexto da punibilidade do fato, quando da fixação e quantificação da pena:

> Toma-se, portanto, como ponto de partida, o fato-do-agente, mas não se coloca totalmente entre parêntesis o agente-do-fato. O agente, porém, vem considerado em momento posterior, dando-se inteira procedência ao fato.[81]

Após essa explicação inicial o autor citado conclui pela necessidade de o tipo legal dos crimes serem precisos, certos, determinados, verdadeira limitação do Poder dever de punir do Estado. Fala em circunstâncias objetivas.

E tais devem valer não só pela descrição das condutas, como e principalmente, na aplicação da pena, na quantificação, não dando margem ao aplicador para que possa utilizar-se de critérios vagos, abertos, subjetivos, como é o caso da personalidade do agente, como se verá em capítulo próprio, verdadeira brecha no sistema que, exatamente por ser um conceito aberto demais, possibilita a inobservância da estrita legalidade, resgatando um

---

[78] TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 251:"Exemplo de direito penal do fato como algo extremado pode ser encontrado na escola clássica, que, por meio da noção abstrata de ação humana, via no crime um ente jurídico e disso extraía as necessárias consequências. Exemplo de um extremado direito penal do autor encontramo-lo nas ideias e soluções propostas por certos positivistas que, supondo possível identificaram-se no homem as causas mecânicas do crime, catalogaram alguns tipos de delinquentes e, com abstração do fato, pretenderam substituir a imputabilidade pela noção de periculosidade, a pena retributiva pela medida de segurança, ou pela terapêutica do criminoso".

[79] *Ibid*., p. 250.

[80] *Ibid*., p. 251.

[81] TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 251-252.

direito penal do autor, ainda que mascarado como um direito penal do fato. Diz-se seguir a estrita legalidade dos crimes e das penas, inclusive na aplicação, mas aqui, neste momento, há uma abertura do tipo na aplicação da reprimenda que dá prevalência ao direito penal do autor.

Toledo, com a lembrança de Von Liszt, vai na essência da questão ao apontar que o direito penal moderno, estruturado segundo princípios liberais (garantias, na verdade) duramente conquistados, não encontrou alternativa melhor durante os tempos, sendo um desses pilares citados, do direito penal democrático num Estado de Direito o direito penal do fato, a legalidade e a culpabilidade pelo fato (e não do autor).[82]

Figueiredo Dias, ao construir a doutrina do fato punível ou doutrina do crime, já de início adverte que todo o direito penal é direito penal do fato e não do agente. E alerta para o duplo sentido do direito penal do fato, quais sejam: primeiro que o tipo penal é tipo de fato e sua natureza e não de agentes e sua personalidade, e segundo que as sanções aplicadas aos agentes são pelo fato cometido e não como forma de reação por ter determinada personalidade.[83]

Continua citado autor alegando que a ideia acima foi subvertida nos anos 30 do século passado por certas doutrinas que foram utilizadas por políticas totalitárias. Cita Alemanha e Itália (curiosamente nossas inspirações para os atuais códigos penal e processual penal, especialmente a Itália), onde se propunha a substituição dos tipos penais do fato pelos tipos penais de agentes, havendo a discussão se seriam alicerçados em base naturalista,

---

[82] *Ibid*., p. 253: "O direito penal moderno está moldado segundo princípios liberais, elaborados, lenta e penosamente, através de séculos. E, até hoje, não se conseguiu encontrar algo melhor para substituí-los. Tentativas e experiências nesse sentido têm sido desastrosas. Dentro desse quadro, o nullum crimen nulla poena sine lege, o direito penal do fato e a culpabilidade do fato, alinham-se imponentemente, numa perfeita sequência e implicação lógicas, como colunas de sustentação de um sistema indissoluvelmente ligado ao direito penal de índole democrática. Por isso merecem ser preservados. Assim, apesar do crescimento dos índices de criminalidade e – o que é pior do recrudescimento do crime atroz, violento, ao lado do aparecimento de novas formas deliquenciais que se valem dos próprios instrumentos da técnica e do progresso, parece-nos que a procura do instrumental mais adequado de combate ao crime deve ser feita, com muito engenho e arte, para não se por em risco o que já constitui valiosa conquista da humanidade."

[83] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*: parte geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. Tomo 1: Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. p. 235, grifo nosso: "Princípio hoje indiscutivelmente aceite em matéria de dogmática jurídico-penal e de construção do conceito de crime é o de que todo o **direito penal é direito penal do facto**, não direito penal do agente. E num duplo sentido: (1): no de que toda regulamentação jurídico-penal liga a punibilidade a tipos de factos singulares e à sua natureza, não a tipos de agentes e às características de sua personalidade; e também no de que as sanções aplicadas ao agente constituem consequências daqueles factos singulares e neles se fundamentam, não são formas de reação contra uma certa personalidade ou tipo de personalidade. A esta dupla conclusão vinculam as posições acima tomadas em matéria de legitimação e de função do direito penal num Estado de Direito democrático (supra, 4, 5 e 6 Caps.). Nesta opção pode e deve logo ser dito que a construção dogmática do conceito de crime é, afinal, em última análise, a construção do conceito de **facto punível**."

especialmente em função da personalidade do agente, criando o tipo criminológico de agente, ou em base predominantemente normativa, criando o tipo normativo de agente.

Conclui que o resultado disso foi a legislação penal nacionalista socialista alemã e italiana fascista, totalmente inadmissível, como ficou comprovado com seu fim na Segunda Grande Guerra Mundial. [84]

Figueiredo Dias finaliza seu raciocínio estendendo para culpabilidade referida à personalidade a teoria do tipo normativo de agente, seja na forma de culpa na condução da vida, culpa na decisão da vida ou na culpa na formação da personalidade, pois são todas elas formas de ampliação da punibilidade totalmente incompatível com as regras do Estado de Direito democrático. Mas contribuirão muito se estiverem dentro de um direito penal do fato, constituindo apenas instrumentos de fundamentação e delimitação da culpa, jamais de aumento da punibilidade.[85]

Carvalho explica a culpabilidade do fato e do autor relacionando com o princípio da secularização, pelo qual Ferrajoli contrapõe dois modelos: garantismo e inquisitorialismo,

---

[84] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*: parte geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. Tomo 1: Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. p. 235-236: "Nos anos 30 do séc. XX a proposição apresentada perdeu alguma de sua clareza e chegou a ser obnubilada (se não mesmo subvertida) por certas doutrinas que mereceram depois uma exploração política totalitária, sobretudo na Alemanha e na Itália. Assim se chegou a propor que os tipos de factos que constituem a matéria do direito penal fossem substituídos – ou, quando menos integrados – por tipos de agentes, aos quais deveria passar a dirigir-se a criminalização e a sanção, Não deveriam ser punidos o homicídio, o assassinato, , o furto, a burla, antes sim, 'o homicida', 'o assassino', 'o ladrão' ou 'o burlão'. Mas já se discutia depois se estes tipos de agentes deveriam ser construídos numa base primariamente naturalista, sobretudo em função da associalidade característica da personalidade do agente: o chamado tipo criminológico de agente; ou antes numa base prioritariamente normativa, relacionada com os sentidos e as finalidades sociais respirados ou almejados pela ordem jurídico-penal: o chamado tipo normativo de agente. Os frutos desta orientação, nomeadamente a exploração que dela foi feita pela legislação penal nacional-socialista alemã e fascista italiana imediatamente antes e durante a II Grande Guerra encarregaram-se – melhor que quaisquer lucubrações teóricas – de mostrar a sua inadmissibilidade e de lhe por um fim definitivo. Sem prejuízo de dever dizer-se (o que muitas vezes se esquece) que a teoria do tipo normativo de agente passou, a partir de certo momento, a tentar limitar, antes que fundamentar, os resultados terroristas a que conduzia a aplicação a referida legislação".

[85] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*: parte geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. Tomo 1: Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. p. 237, grifo do autor, ao discorrer sobre as acepções de culpabilidade referida à culpabilidade: "O que se disse da teoria do tipo normativo de agente pode repetir-se para toda concepção coeva da **culpa referida à personalidade**, seja sob a forma da 'culpa na condução da vida', da 'culpa na decisão da vida', ou da 'culpa na formação da personalidade'. Qualquer destas concepções é inaceitável se por seu intermédio se pretender ligar a punibilidade, de forma directa, a uma certa personalidade: seja porque o agente conduziu a sua vida em conflito com o dever-ser jurídico-penal, seja porque decidiu em certo momento tornar-se um criminoso, seja porque ao longo da vida não se preparou para respeitar os comandos do direito penal; se, numa palavra, elas se fizerem radicar no quadro de um *direito penal do agente*. Então se deparará, por qualquer uma destas vias, com um alargamento das malhas da punibilidade absolutamente incompatível com a regra do Estado de Direito democrático. Mas já qualquer delas terá muito a oferecer à dogmática jurídico-penal se se contiverem no quadro de um direito penal do facto e constituírem apenas instrumentos operatórios não de extensão da punibilidade para além das fronteiras do facto, mas de fundamentação e de delimitação da culpa *pelo facto* em direito penal".

representados por dois polos político – criminais, quais sejam, direito penal mínimo e direito penal máximo. O direito penal de garantias é regido pela separação entre direito e moral, limitando o poder punitivo e ao fato praticado, isto é, direito penal do fato. O oposto deste modelo é o sistema inquisitório,

> [...] que traz como características a criminalização e valoração de atitudes internas do sujeito para além do fato e do resultado, isto é, os processos de criminalização incidiriam diretamente sobre a identidade moral do infrator, situação que configuraria um direito penal do autor. [86]

Destaca referido autor que

> A categorização proposta por Ferrajoli permite classificar as teorias da justificação da pena para além de suas finalidades sancionatórias imediatas, vinculando-as a maior ou a menor projeção do horizonte de criminalização. Desta forma, se é possível constatar a marca inquisitória nos modelos punitivos correcionalistas, notadamente em razão de estarem ancorados em premissas contrasseculares que autorizam o julgamento moral do sujeito criminalizado, igualmente será possível esta identificação (inquisitorialismo) nas doutrinas gerencialistas e no funcionalismo-sistêmico contemporâneo, cuja centralidade punitiva está na identificação dos riscos gerados por pessoas ou grupos. Em realidade, os modelos de justificação (correcionalismo, gerencialismo e funcionalismo), por mais distintos que possam parecer em seu desdobramento prático-teórico, sustentam-se na categoria substancialista e antigarantista *periculosidade*, marcador que de forma mais explícita identifica os modelos inquisitórios. [87]

Ainda segundo Carvalho, a teoria crítica do direito penal identificou como um dos principais sintomas da crise da culpabilidade, a ininterrupta reinvenção de práticas fundadas na culpabilidade de autor (direito penal do autor), inclusive em sistemas que adotam via de regra a culpabilidade de fato (direito penal do fato).[88]

Para ele, qualquer espécie de juízo de censura moral seria ilegítima, segundo o princípio da secularização e da culpabilidade de fato no Estado democrático de direito, pela qual se responsabiliza um sujeito imputável pela prática de conduta lesiva.

---

[86] CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 248.

[87] CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 249.

[88] *Ibid*., p. 249: "O alerta é realizado por Zaffaroni, quando verifica que 'o conceito de culpabilidade, como qualquer outro pode adulterar-se e inclusive converter-se em um engendro perigosíssimo para as garantias individuais. Uma das adulterações mais comuns consiste em olvidar que a culpabilidade é uma reprovação do ato e não da personalidade do sujeito, reprovação do que o homem fez e não do que o homem é, tentação na qual com frequência se cai". (Zaffaroni. Política Criminal Latinoamericana, p. 166).

Mas adverte que:

> Todavia, apesar dos limites traçados pela estrutura constitucional, o juízo de culpabilidade, no atuar cotidiano dos atores do sistema penal, não raras vezes ingressa na esfera do íntimo como juízo de reprovação e, no limite da patologia, opera como instrumento de valorização do caráter e/ou da periculosidade do autor do fato. E esta tendência inquisitória, de julgar moralmente o autor do fato, e não normativamente o fato do autor, ganha especial relevo no direito penal brasileiro no momento da aplicação da pena. [89]

E é nesse momento, da aplicação da pena, que o julgador encontra essa brecha chamada personalidade do agente, sob aparente legalidade, estampada dentre os critérios judiciais do artigo 59, do Código Penal, para majorar a pena além do que lhe é permitido, utilizando-se do direito penal do autor, com julgamento moral, por meio de um tipo poroso, aberto demasiadamente. O inimigo pode ser também, além do traficante, corrupto, ou qualquer outro novo rótulo, o réu mentiroso, ou o desajustado, ou ainda, o arrogante.

Karam lembra que não é de hoje a separação das pessoas em boas e más, num maniqueísmo simplista, servindo também para a criação de bodes expiatórios e de uma culpabilização que não se coletivizara, mas sim era individual. O criminoso, o outro, com a adoção de critérios bélicos, aos poucos, passa a ser o outro, o estranho à comunidade, o perigoso, o inimigo.[90]

Intimamente ligados, direito penal do fato e culpabilidade pelo fato, características do direito penal do Estado democrático de Direito, com o princípio da

---

[89] CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 248: "Nesse sentido destaca Rosa Maria Cardoso da Cunha que 'no âmbito da individualização da pena, a qual deveria se relacionar com a culpabilidade pelo fato, examina-se sempre a culpabilidade do autor, a sua personalidade culpável" (Cunha, O caráter retórico do Princípio da Legalidade, p. 47).

[90] KARAM, Maria Lucia. *Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 1. p. 10 "As ideias de pena, de castigo, de punição, de afastamento do convívio social, que estão na raiz do sistema penal, se assentam no maniqueísmo simplista que divide as pessoas entre boas e más e vêm atender à necessidade de criação de "bodes expiratórios", sobre os quais recaia o reconhecimento individualizado de uma culpabilização que não se coletivizava. A necessidade de criação de "bodes expiatórios" remota aos tempos mais distantes, mas é tanto maior quanto mais complexas as formações sociais e quanto mais profundo os desequilíbrios econômicos e sociais nela gerados. A identificação do "criminoso" em indivíduos isolados e facilmente reconhecíveis produz uma sensação de alívio. O "criminoso" é o outro. Quem não é processado ou condenado vive uma consequente sensação de inocência . A imposição da pena a um apontado responsável pela prática de um crime funciona como a "absolvição" de todos os não selecionados pelo sistema penal, que, assim, podem comodamente se autointitular "cidadãos de bem", diferentes e contrapostos ao "criminoso", ao "delinquente", ao "mau". Aí reside uma das mais sólidas fontes de sustentação do sistema penal, de sua violência, de sua seletividade, de sua irracionalidade. Mas, com a adoção dos parâmetros bélicos, esse "outro", esse "criminoso", esse "delinquente", esse "mau", passa a ser o "inimigo". O "inimigo" é aquele que assume o perfil do estranho à comunidade, a quem, por sua apontada "periculosidade", não são reconhecidos os mesmos direitos dos pertencentes à comunidade e que, assim, desprovido de dignidade e de direitos, perde sua qualidade de pessoa, tornando – se uma " não pessoa.".

secularização, pelo qual se julga o fato do autor e não o autor do fato, sendo a culpabilidade como elemento normativo, não do réu, mas do delito, do fato e não do ser, do agente, ou do autor. [91]

Em que pese a valoração da denominada sociedade do risco e da mudança experimentada pela dogmática penal, que tenta criar um direito penal do risco, o direito penal é direito penal do fato, com a culpabilidade pelo fato e não direito penal do autor, recentemente, rebatizado de direito penal do inimigo, como se verá.

2.3 O DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL DO INIMIGO

Pode se afirmar, de certa forma que, modernamente, mudou-se o rótulo do direito penal do autor para denominá-lo de direito penal do inimigo, pois não deixa de ser um direito penal do autor com roupagem atual, que teve seu início a partir do 11 de setembro de 2001.

Segundo tal teoria, formulada pelo alemão Gunter Jacobs, que remete a Rousseau, Hobbes e Kant, em apertada síntese temos que o inimigo assim identificado pelo Estado, quebrou as regras do contrato social firmado e, portanto, não teria direito aos direitos e garantias assegurados aos cidadãos comuns. O inimigo seria uma exceção, não sendo tratado como cidadão, como pessoa, podendo, portanto, contra ele vigorar a fúria do poder dever de punir de forma ilimitada, ignorando as garantias e direitos, visto que, por ser inimigo, não faz jus a eles.

Ele divide, portanto, o direito penal do cidadão, com as garantias comuns do direito penal de um Estado de direito democrático, e o direito penal do inimigo, sem tais garantias por não ser mais considerado cidadão o inimigo, não mais possuir seus direitos e garantias. Ou seja, contra ele, inimigo, não há limites ao poder de punir, vindo o Leviatã com toda sua carga punitivista, sancionatória.

---

[91] CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 250, baseado em Ferrajoli: "O princípio da secularização impõe, porém, que a culpabilidade deva ser concebida como 'um elemento normativo (não do réu) do delito, a qual designa, antes de uma conotação psicológica, uma modalidade deôntica'. A culpabilidade corresponderia, portanto, ao fato, e não ao ser, constituindo-se em um juízo sobre o resultado lesivo, e não sobre a pessoa. A propósito, neste cenário, Ferrajoli afirma que seria inadmissível sustentar que 'A é culpado', mas tão somente que 'A é culpado de uma ação', visto que a interioridade da pessoa não deve, em hipótese alguma, interessar ao direito penal. A culpabilidade, conclui o autor, 'não é nem um pensamento, nem um aspecto interior da pessoa, como pretenderiam as orientações puramente subjetivistas, mas um elemento de fato (...)". (Ferrajoli, Diritto e Ragione, p. 506).

Meliá, opondo-se a Jacobs, rechaça abertamente a teoria proposta e questiona: "Direito Penal do Inimigo"?

Reponde a indagação afirmando que o direito penal do inimigo é um instrumento para identificar, precisamente, o não direito penal presente nas legislações positivas:

> Por um lado, a função da pena neste setor, que difere da do direito penal 'verdadeiro'; por outro lado, como consequência da anterior, a falta de orientação com base no princípio do Direito penal do fato. Isto é: um direito penal meramente formal, que difere estruturalmente da imputação que é praticada normalmente sob essa denominação.[92]

Zaffaroni entende que o inimigo da sociedade ou estranho, ente perigoso não considerado pessoa,

> [...] só é compatível com um modo de Estado absoluto, e que, consequentemente, as concessões do penalismo têm sido, definitivamente, obstáculos absolutistas que a doutrina penal colocou como pedras no caminho da realização dos Estados constitucionais de direito. [93]

No mesmo sentido do já exposto pensamento de Carvalho, Zaffaroni, ao comentar as últimas tendências mundiais do poder punitivo, alerta que a doutrina não pode ignorá-las, acentuando que houve uma regressão na política criminal diante da tendência expansionista do direito penal no lugar dos debates entre reducionistas e abolicionistas. Aponta referido autor que o tema inimigo da sociedade foi o mais discutido. Tal argumento, o das emergências invocadas para tentar justificar um Estado de exceção, nada tem de novo, e resgatam, na realidade, um direito penal do autor. [94]

O grande problema, ao que parece, é escolher quem será o inimigo, se o inimigo de hoje será o mesmo de amanhã e quem fará tal escolha.

Na Alemanha nazista os inimigos eram os judeus, depois os homossexuais e assim por diante. Não seria nenhum absurdo dizer que no Brasil da atualidade o inimigo é o

---

[92] JAKOBS, Günter. Meliá, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo*: noções e críticas. Organização e tradução André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008., p. 66.

[93] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 3. ed Rio de janeiro: Revan, 2015. p. 12.

[94] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 3. ed Rio de janeiro: Revan, 2015. p. 14, grifo nosso: "O certo, porém, é que a invocação de emergências justificadoras de **Estados de exceção** não é de modo algum recente. Se nos limitarmos à etapa posterior à Segunda Guerra Mundial, constataremos que há mais de três décadas essas leis vêm sendo sancionadas na Europa – tornando-se ordinárias e convertendo-se na **exceção perpétua** -, tendo sido amplamente superadas pela legislação de segurança latino americana. Assinalou-se que as características deste avanço contra o tradicional direito penal liberal ou de garantias consistiriam na antecipação das barreiras de punição (até os atos preparatórios) na desproporção das consequências jurídicas (penas como medidas de contenção sem proporção com a lesão realmente inferida), na marcada debilitação das garantais processuais e na identificação dos destinatários mediante um forte movimento para o direito penal do autor.".

corrupto, o político ou empresário envolvido em corrupção, o traficante de drogas, dentre outros tipos de criminosos rotulados de inimigos e que, contra eles, são feitas vistas grossas aos direitos e garantias constitucionais. Contra eles não valem os princípios constitucionais do direito penal e do processo penal, como que não fossem cidadãos.

Outro exemplo claro é o Regime disciplinar diferenciado, no campo da lei de execução penal, reiteradamente descumprida a ponto de termos nossas prisões, verdadeiras masmorras medievais, comandadas pelas organizações criminosas como o chamado "PCC" ou Comando Vermelho; ou ainda a prisão preventiva com claro viés de pena, sem os requisitos legais, especialmente nos casos de drogas e, num exemplo mais midiático e atual, na denominada "operação lava jato", na qual estranhamente primeiro se prende e, ao final do processo em primeiro grau, muitos acusados já obtém a liberdade e podem recorrer em liberdade, subvertendo toda a lógica do sistema.

Recentemente, no Brasil, na citada "Operação Lava-Jato", assistimos a condenações de empresários e políticos que, quando submetidos a apreciação pelo Tribunal local, foram nominados de "exceção" e, por isso, justificariam o tratamento diferenciado.[95]

---

[95] Assim trecho da decisão (voto do Relator. Houve divergência): P.A. CORTE ESPECIAL Nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS. RELATOR : Des. Federal RÔMULO PIZZOLATTI INTERESSADO: CORREGEDORIA REGIONAL DA JUSTIÇA FEDERAL DA 4ª REGIÃO: "De início, impõe-se advertir que **essas regras jurídicas só podem ser corretamente interpretadas à luz dos fatos a que se ligam e de todo modo verificado que incidiram dentro do âmbito de normalidade por elas abrangido. É que a norma jurídica incide no plano da normalidade, não se aplicando a situações excepcionais**, como bem explica o jurista Eros Roberto Grau: 'A 'exceção' é o caso que não cabe no âmbito da 'normalidade' abrangida pela norma geral. A norma geral deixaria de ser geral se a contemplasse. Da 'exceção' não se encontra alusão no discurso da ordem jurídica vigente. Define-se como tal justamente por não ter sido descrita nos textos escritos que compõem essa ordem. É como se nesses textos de direito positivo não existissem palavras que tornassem viável sua descrição. Por isso dizemos que a 'exceção' está no direito, ainda que que não se encontre nos textos normativos do direito positivo. Diante de situações como tais o juiz aplica a norma à exceção 'desaplicando-a', isto é, retirando-a da 'exceção [Agamben 2002:25]. A 'exceção' é o fato que, em virtude de sua anormalidade, resulta não incidido por determinada norma. Norma que, em situação normal, o alcançaria'. (GRAU, E. R. Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6ª ed. refundida do Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 124-25). Ora, é sabido que os processos e investigações criminais decorrentes da chamada - **"Operação Lava-Jato"**, sob a direção do magistrado representado, **constituem caso inédito (único, excepcional) no direito brasileiro. Em tais condições, neles haverá situações inéditas, que escaparão ao regramento genérico, destinado aos casos comuns**. Assim, tendo o levantamento do sigilo das comunicações telefônicas de investigados na referida operação servido para preservá-la das sucessivas e notórias tentativas de obstrução, por parte daqueles, garantindo-se assim a futura aplicação da lei penal, é correto entender que o sigilo das comunicações telefônicas (Constituição, art. 5º, XII) pode, em casos excepcionais, ser suplantado pelo interesse geral na administração da justiça e na aplicação da lei penal. A ameaça permanente à continuidade das investigações da Operação Lava-Jato, inclusive mediante sugestões de alterações na legislação, constitui, sem dúvida, uma situação inédita, a merecer um tratamento excepcional. Parece-me, pois, incensurável a visão do magistrado representado - anterior à decisão do STF na Rcl nº 23.457 -, no sentido de que a publicidade das investigações tem sido o mais eficaz meio de garantir que não seja obstruído um conjunto, inédito na administração da justiça brasileira, de investigações e processos criminais - "Operação Lava-Jato" -, voltados contra altos agentes públicos e poderes privados até hoje intocados".[...] "Enfim, cabe enfatizar que, antes da Reclamação nº 23.457, não havia precedente

O tratamento que vem sendo dado ao mencionado caso, tecnicamente, é a aplicação do princípio, especialmente se analisarmos as características técnico-processuais e penais aplicadas, com claro enfraquecimento do direito penal de garantias pelo detrimento dos princípios elementares de direito penal e processual penal.[96]

Zaffaroni, em entrevista sobre o fato, que teve grande repercussão no meio jurídico, comentou que

> Excepcionalidade foi o argumento legitimador de toda a inquisição da história, desde a caça às bruxas até hoje, através de todos os golpes e ditaduras subsequentes. Ninguém nunca exerceu um poder repressivo arbitrária no mundo sem invocar a "necessidade" e "exceção"[97]

Nada mais atual para exemplificar o uso, entre nós, de uma adaptação tupiniquim da teoria do direito penal do inimigo, em que pese estarmos num Estado democrático de direito, onde deveria prevalecer o direito penal do fato e não do autor ou do inimigo.

É o direito penal e emergência, do autor, simbólico, com claro uso político, que suprime o processo para dar uma resposta rápida, eficaz à sociedade, atropelando os mais comezinhos direitos e garantias individuais protegidos pela Constituição Federal.[98]

---

jurisprudencial de tribunal superior aplicável pelo representado, mesmo porque, como antes exposto, as investigações e processos criminais da chamada "Operação Lava-Jato" constituem caso inédito, trazem problemas inéditos e exigem soluções inéditas. Em tal contexto, não se pode censurar o magistrado, ao adotar medidas preventivas da obstrução das investigações da Operação Lava-Jato. Apenas a partir desse precedente do STF (Rcl nº 23.457) é que os juízes brasileiros, incluso o magistrado representado, dispõem de orientação clara e segura a respeito dos limites do sigilo das comunicações telefônicas interceptadas para fins de investigação criminal.

[96] Eugenio Raúl Zaffaroni deixa bem claro com exemplos de institutos de direito penal e processual: "Na doutrina jurídico-penal, pode se distinguir o debilitamento do direito penal de garantais através da imputação jurídica conforme critérios que são independentes da causalidade; da minimização da ação em benefício da omissão, sem que interesse o que o agente realmente faça, a não ser o dever que tenha violado; da construção do dolo sobre a base do simples conhecimento (teoria do conhecimento), que lhe permite abarcar campos antes considerados próprios da negligência; da perda de conteúdo material do bem jurídico, com os consequentes processos de clonação que permitem uma nebulosa multiplicação de elos; do cancelamento da exigência da lesividade conforme a multiplicação de tipos de perigo sem perigo (perigo abstrato ou presumido); da lesão à legalidade mediante tipos confusos e vagos e a delegação da função legislativa penal, sob o pretexto das chamadas leis penais em branco etc". ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 3. ed Rio de janeiro: Revan, 2015. p. 14-15.

[97] VASCONCELLOS, Marcos. Raúl Zaffaroni ataca decisão do TRF-4 que deu carta branca para "lava-jato". *Consultor Jurídico*, São Paulo, 30 out. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-out-30/zaffaroni-ataca-decisao-trf-deu-carta-branca-lava-jato>. Acesso 29 nov. 2016.

[98] BECHARA. Ana Elisa Liberatore S. Direitos Humanos e Direito Penal: limites da intervenção penal racional no Estado Democrático e de Direito**.** In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Direito Penal contemporâneo*: questões controvertidas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 169: "Há de se ter claro o perigo de se cair na tentação da 'cultura de emergência', a partir da qual a noção de segurança é substituída pela ideia de eficiência em Direito Penal. De fato, a experiência demonstra que a criação de uma legislação excepcional para uma situação que se define como extraordinária acaba por converter-se no modelo de legislação ordinária, atingindo definitivamente os princípios básicos de convivência social em um Estado Democrático de Direito. É preciso observar, nesse sentido, que uma

Cirino do Santos, por sua vez, em artigo sobre o direito penal do inimigo, já começa sua crítica ao autor da teoria, sendo taxativo ao iniciar o texto dizendo que o alemão Jacobs, é um penalista no sentido literal da palavra, pois acredita na pena criminal como método de luta contra o crime. Começa apontando o fracasso universal da prevenção especial positiva, como correção do condenado, aduz que o autor da teoria baseia-se em Luhmann, e na prevenção geral positiva para legitimar a pena criminal, concebida como estabilização das expectativas normativas. [99]

A partir desta introdução, o professor do Paraná faz um resumo da teoria do direito penal do inimigo com ferrenha crítica a ela, exatamente por distinguir os cidadãos e os inimigos, ou bárbaros, dando a eles tratamento que fere a igualdade e todos os demais princípios constitucionais, afastando do direito penal do fato e se caracterizando claramente como direito penal do autor, nada condizente com o direito penal de um Estado democrático de direito:

> Em conclusão, se o princípio da igualdade perante a lei é substituído pela desigualdade legal, ou se as garantias constitucionais do processo legal devido são casuísmos dependentes do tipo de autor – aplicadas ao cidadão e negadas ao inimigo conforme preferências idiossincráticas dos agentes de controle social – então o Estado democrático de direito está sendo deslocado pelo Estado policial. [100]

É, pois, o direito penal do inimigo um direito penal do autor, incompatível com os preceitos de um direito penal de um Estado democrático e de direito, baseado no direito penal do fato.

Há, sim, manifestações desse direito penal – e processual também - do inimigo no direito penal brasileiro. Exemplo nítido é o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD)[101], previsto na Lei de Execução penal. Claro direito penal do inimigo e do autor.

---

pretendida alteração das bases liberais da intervenção penal, com o fim de atingimento de maior eficácia, leva justamente ao efeito inverso, vale dizer, a uma maior crise de legitimidade. A desnaturalização da função do Direito Penal como instrumento subsidiário de tutela de bens jurídico-penais, para além de não trazer comprovadamente qualquer resultado positivo na luta contra a criminalidade, o faz perder definitivamente sua autoridade e credibilidade social, já que agora convertido em mero instrumento de política com função promocional e simbólica, despojado de valoração relevante".

[99] SANTOS, Juarez Cirino. **O Direito Penal do inimigo – ou discurso Direito Penal desigual**. Disponível em <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf>. Acesso em: 19 maio 2016.

[100] *Ibid*.

[101] BUSATO, Paulo Cesar. O preso como inimigo: a destruição do outro pela supressão da existência comunicativa. *Revista CEJ*, v. 16, n. 57, maio/ago. 2012. No artigo, o autor analisa as razões de o condenado vir sendo tratado como inimigo e como isto traduz um Direito Penal de autor, comentando o suporte teórico,

Prado, no artigo *"Excepcionalidade da prisão provisória",* especificamente no tópico Da Presunção de inocência e do Direito Processual Penal do Autor", comentando casos internacionais, da Corte Interamericana, exemplifica a posição da Corte:

> Do caso Lopez Álvarez cabe destacar, inicialmente, o rechaço frontal à concepção do denominado "Direito Processual Penal do Autor", que se caracteriza por ´considerar as características pessoais do imputado para fundar a medida cautelar.[102]

Na esfera internacional, nada mais emblemático que Guantânamo[103], presídio dos EUA para os prisioneiros "de guerra", árabes suspeitos de serem terroristas, que fazem jus a um processo e julgamento de acordo com as garantias legais mínimas, quer pelas normas de direito internacional (prisioneiros de guerra), quer pelas normas internas dos Estados Unidos.[104]

Inobstante a teoria lhes prever tais direitos, "inimigos" que são, estão por lá, ainda, confirmando a teoria do direito penal do inimigo na prática, por mais que se tente negá-la.

---

desde posturas funcionalistas sistêmicas a um perfil discriminatório do sistema penal. Demonstra como este perfil tem estreita relação com um modelo sociológico e até mesmo jurídico, dual, que induz ao maniqueísmo, e apresenta conclusões sobre as consequências de tal identificação.

[102] PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da prisão provisória*:* comentários aos artigos 311-318 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. In: FERNANDES, Og. *Medidas cautelares no processo penal*: prisões e suas alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. cap. 3. p. 106. Continua citado autor explicando: "Com efeito, a Corte Interamericana de Direitos Humanos deliberou no item 69 da citada sentença, que há obrigação do Estado membro consistente em não restringir a liberdade do preso mais além dos limites necessários para assegurar que, em liberdade, o imputado não prejudicará a colheita da prova ou embaraçará a ação da Justiça. E a Corte concluiu que esta mesma obrigação excluí a possibilidade de se considerar suficientes, para a decretação a prisão, as características pessoais do imputado e a gravidade, em tese, do crime que se lhe atribui. Reafirma a Corte que ' la prisión preventiva es uma medida cautelar y no punitiva'. Decorre da presunção de inocência o afastamento do processo penal do autor que, por exemplo, inviabilizou a redação proposta para o artigo 312, do CPP na versão do projeto original das medidas cautelares (Projeto 4.208/2001), que previa seu cabimento na hipótese de que o indiciado ou acusado viesse 'a praticar infrações penais relativas a crime organizado, `a probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa".

[103] KARAM, Maria Lucia. *Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 1. A autora parte da esfera internacional para trazer para os ordenamentos jurídicos internos a ideia de inimigos sem direito às garantais: "Não- pessoas", a quem são negados direitos reconhecidos aos demais indivíduos , não são apenas os presos de Guantánamo, os que, após os atentados de 11 de setembro de 2001, foram qualificados como "combatentes legais" , por isso lhes sendo negada pelo Governo Bush tanto a aplicação do direito internacional, quanto do direito interno norte – americano, sendo deixados em uma espécie de limbo jurídico. O limbo jurídico vai muito além. A própria dogmática jurídico – penal acabou por teoricamente explicitar e corroborar esse limbo jurídico, ao reconhecer e tratar um excepcional "direito penal do inimigo", que, diante da necessidade e da emergência, se diferenciaria de um "direito penal do cidadão", somente a este último se reservando a aplicabilidade dos princípios garantidores dos direitos fundamentais do indivíduo." (KARAM, 2009, v. 1, p. 12).

[104] AMBOS, Kai; POSCHADEL, Annika Maleen. Terroristas e o devido processo legal. O direito possui um devido processo para os supostos terroristas detidos na Baía de Guantânamo. In: AMBOS, Kai. *Ensaios de Direito Penal e Processual Penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 136-174.

Os Estados Unidos da América dão claras demonstrações do Direito penal do inimigo, não só na esfera internacional, mas também no plano interno, sendo exemplo o cadastro de criminosos sexuais e suas consequências no direito interno restringindo várias garantias.

3 O COMPORTAMENTO DO ACUSADO NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

Antes da análise do princípio em si, algumas breves palavras sobre os sistemas processuais e a busca da verdade são importantes para contextualizar o tema tratado.

Em que pese o poder da linguagem na sociedade atual, não se parte da premissa que ela pode romper a relação do homem com a realidade.

A verdade é analisada não com a ingenuidade, mas com as limitações do processo e da realidade, o que reforça a ideia de romper com a chamada verdade real ou absoluta, que durante muito tempo legitimou um mau uso do processo penal inquisitório, com a pretensa possibilidade de se atingir uma verdade absoluta. E justificava o que o processo inquisitório queria, que era uma concentração de poderes nas mãos do inquisidor, que tudo pode para se alcançar a verdade (os fins justificam os meios), diferente do sistema acusatório, que tinha uma divisão de poderes e o réu era sujeito de direitos.

O núcleo disso está no papel do acusado no processo e o consequente direito ao silêncio, direito de não se auto incriminar.

A questão era: como obter a verdade?

Direito canônico, ligava o crime a ideia de pecado, daí a pena e a confissão, sendo que a verdade purificava.

Réu vira o inimigo do inquisidor e se não confessa, pode-se utilizar da tortura, que era o meio legítimo para se obter a confissão.

Porém, sendo o réu sujeito de direitos ele passa a não ter o dever de colaborar com a verdade.

Muda-se radicalmente a matriz ideológica do sistema. O réu de objeto de prova passa a ser sujeito de direitos.

Com efeito, no processo penal é impensável impor ao réu o dever de colaborar com a verdade. A própria evolução da civilização, dos direitos humanos conquistados ao longo dos tempos, nos demonstrou que a verdade não é o fim último do processo penal, havendo limites epistemológicos.

Não se consegue, pois, atingir a tão procurada verdade absoluta ou real.

Por outro lado, isso não afasta a importância da verdade no processo.

Alguns autores repugnam a ideia de verdade no processo com veemência.[105] Já outros não, entendendo que a verdade é um fator de justiça, não significando que deva ser buscada e alcançada a qualquer preço, mas que ainda é importante sim para o processo. Para os segundos autores[106] a verdade é um fator de justiça, de legitimação. Na realidade, sempre foi um fator de legitimação da justiça, mas não deve ser levada como o objetivo principal do juiz, como parece entender o prolator da sentença de um dos casos analisados no capítulo cinco que teve ampla divulgação na mídia.[107]

Temos que a verdade é um fator legitimador para o desenvolvimento do poder punitivo estatal, é um critério de Justiça, sendo que ela importa sim para a Justiça, mas não é seu fim último.

Os defensores da epistemologia no processo que tratam do tema da prova no processo sustentam que o processo para a busca da verdade, mas usam modelos bons do ponto de vista epistemológico, havendo uma série de situações que o legislador estabeleceu limites, variando de sociedade para sociedade, de acordo com o momento histórico, político, e social. Há, portanto, limites, como por exemplo a não admissão da revisão criminal *pro societate*. A impossibilidade de um conhecimento pleno da realidade faz o conhecimento ser por probabilidades. E essa consciência faz com que o estar provado não significa ser verdadeiro o fato. A ideia de revisão criminal é recente na civilização e rompe com a ideia de verdades absolutas e provas também absolutas. A decisão judicial estava errada? Para aquele momento não, mas para a epistemologia, sim.

Dentro de tal contexto será analisado o princípio que veda a autoincriminação e sua extensão, mas antes serão analisados outros princípios que estão umbilicalmente ligados ao *nemo tenetur se detegere* para que se tenha uma visão global do tema.

---

[105] Aury Lopes Júnior, por exemplo.

[106] Michele Taruffo.

[107] Um dos trechos da sentença, que na parte da aplicação da pena já se inicia com um "infelizmente, não existe o crime de perjúrio no ordenamento jurídico pátrio." E depois diz expressamente: A verdade é sempre um valor a ser defendido pelo Estado, o qual jamais poderá permitir e estimular a mendacidade. Esclarecendo, caso silencie, nada lhe acarretará; logo, não precisa mentir. Ao mentir, o acusado o faz de modo intencional, notadamente para enganar o julgador, na espécie, os jurados, e beneficiar-se da própria torpeza, perfídia ou malícia, em detrimento de bens jurídicos relevantes para a Magna Carta e o processo penal. Se o réu não está obrigado a falar, está cristalino que não precisa mentir. [...]. Para Antônio Pedro Barbas Homem (O que é direito?, Lisboa. Principia Editora, Reimpressão, 2007, p. 66), a "verdade brilha e guia a nossa liberdade e a nossa vontade", ao passo que a mentira, ao contrário, "conduz à escuridão e ao vazio".

3.1 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Referido princípio constitui verdadeira viga mestra do sistema processual penal e possui estreita relação com o princípio do *nemo tenetur se detegere* (vedação à autoincriminação.[108]

O papel e comportamento do acusado no processo – fonte, objeto de prova ou sujeito de direitos, além de ser um dos pontos que distingue o sistema acusatório, é um dos pontos fundantes do sistema, ao lado do *nemo tenetur se detegere*.

Estes dois princípios são dois pilares nos quais deve se pautar o processo. Pode-se chamar, inclusive, essas duas categorias de categorias anti-epistêmicas do sistema. Os standarts probatórios também entram nesta categoria, mas no presente trabalho será focado o *nemo tenetur se detegere* e sua consequência ou não na aplicação da pena.

Posto isso, não se pode abordar o comportamento do acusado no processo sem tecer algumas considerações sobre a presunção de inocência.

O cidadão, ainda que formalmente acusado, ainda é e deve ser visto e tratado como inocente, pois o processo é o meio de verificação ou não sobre a incidência da lei penal, em observância dos direitos e garantais.

Partindo de tal premissa, durante o processo o acusado não pode ser tratado como culpado e, além disso, seus comportamentos processuais, inocente que é, jamais podem interferir na aplicação da sanção criminal para piorar sua situação, apenas para melhorá-la (exemplo, a confissão).

Feitas tais considerações iniciais, parte-se agora para uma análise do princípio em questão e sua estreita relação com o tema objeto do presente trabalho.

Inspirada na Constituição italiana, a Constituição Federal de 1988 traz expressamente em seu art. 5º, LVII: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória".

---

[108] KARAM, Maria Lucia. *Liberdade, presunção de inocência e direito à defesa.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 31: "O direito a não se auto – incriminar, inseparável da garantia da presunção de inocência e expressamente consagrado na alínea 'g' do parágrafo 3 do artigo 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, significada que ninguém está obrigado, de nenhuma forma, a confessar ou a fazer ou a colaborar para que se faça prova contra si mesmo".

O texto constitucional não utiliza a expressão *presunção e inocência* (formulação tradicional do princípio). Preferiu-se consideração da não culpabilidade (ou não consideração prévia da culpabilidade).

Diante da diversidade terminológica o preceito constitucional passou a ser chamado de "presunção de não culpabilidade", para alguns. O questionamento se essa última expressão traduz um menor grau de proteção que "presunção de inocência" gerou divergências.

Sergio Pitombo [109], por exemplo, entendia que a Constituição estampava muito mais que uma presunção, pois trazia uma proibição de se considerar alguém culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Assim, para uns a Constituição não adotou a presunção de inocência. Para outros, os princípios são equivalentes. Na realidade, parece não haver diferença de conteúdo entre as expressões, vez que *inocente* e *não-culpável* são apenas variantes semânticas de idêntico conteúdo.[110]

Ademais, eventual tentativa em distingui-las se mostra inútil, visto que o nosso Estado é democrático de Direito e, ao lado dos demais princípios, deve assegurar a liberdade do cidadão, que é a regra.

Parte da doutrina aponta que a presunção de inocência remonta ao direito romano, porém, na inquisição da idade média foi atacada e até invertida, havendo, inclusive, uma presunção de culpa.

Posteriormente, foi consagrada, ao lado de outros princípios, na Declaração dos Direitos do Homem, de 1789. Apesar disso, no fim do séc. XIX e início do séc. XX, voltou a ser atacada pelo fascismo.

Manzini, por exemplo, influenciou o Código de Rocco, de 1930, que não consagrou a presunção de inocência (entendia que seria um excesso de garantia). O fato é que ela apareceu pela primeira vez, formalizada, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

---

[109] PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Constituição da República e Processo Penal*. Disponível em: <www.sergio.pitombo.nom.br/files/word/const_rep.doc>. Acesso em: 28 out. 2016. Palestra proferida em outubro de 1995 na Justiça Federal de São Paulo.

[110] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Elsevier, 2014.

Após, foi reafirmado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 10 de dezembro de 1948, que em seu artigo XI traz que: *todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei*.

Também prevista no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – Ass. Geral da ONU, em Nova York, em 16 de dezembro de 1966: "Art. 14.2: toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa."

A Convenção Europeia de Direitos Humanos (4 de novembro de 1950, em Roma), traz em seu art. 6º: "[...] todo homem acusado de um crime tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpa seja provada de acordo a lei."

Entre nós, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), traz expressamente entre as garantias processuais mínimas, no artigo 8.2 que: "[...] toda pessoa acusada de um delito tem o direito que se presuma sua inocência, enquanto não se comprove legalmente a sua culpa."

O princípio passou a fazer parte das Constituições modernas, como por exemplo, a do Canadá (art. 11, d), da Espanha (art. 17), da Itália (art. 13), do Japão (arts. 31, 33 e 34) e de Portugal (art. 32º, 2).

Na jurisprudência, logo após a Constituição de 1988 já tivemos alguns julgados sobre a prisão cautelar e a presunção de inocência[111].

Vale ainda mencionar o art. 386, VI, do Código de Processo Penal, que na redação original de 1941 já previa como fundamento de absolvição a falta de prova para condenar. Apesar de nosso código de 41 ser um modelo autoritário, com tendência punitiva e que rejeitava a presunção de inocência em seus aspectos fundamentais, pode-se ver aí um embrião dela.

---

[111] : a) TJSP, HC 79.565-3 (Rel. Weiss de Andrade, j. 05.06.1989; b) TACrimSP (HC 180.324-4 – Rel. Walter Teodósio, j. 18.04.1989 e HC 182.190-8, Rel. Juiz Barreto Fonseca, j. 12.07.1989 e de Sérgio Pitombo, em 02.12.1992, pela 10ª C. no HC 234.610-2 a respeito da prisão para apelar do que não era primário e possuía bons antecedentes como forma de não adequação do CPP à CF, ignora a interpretação sistêmica e restabelece o automatismo da prisão processual).

O princípio da presunção de inocência, além de conquista histórica e paradigma indissociável da República brasileira, se constitui em três garantias deveras importantes, a saber:

Garantia Política**:** pode-se dizer que é a mais importante forma de analisar o princípio, pois o *processo penal reflete a cultura e organização política da sociedade*. A Constituição consagra o Estado de Direito, onde vigora um processo penal acusatório, sendo inerente a ele a regra do *in dubio pro reo*.

Trata-se, pois, do fundamento sistemático e estrutural do *processo acusatório (dignidade da pessoa humana) no Estado Democrático e de Direito*.[112]

Há a carga ideológica do princípio que o liga à própria finalidade do processo, necessário para a verificação jurisdicional da ocorrência de um crime e sua autoria (garantia da liberdade do cidadão).

Aqui vale a pena destacar, como bem salientado por Badaró, que todo indivíduo nasce livre e tem a liberdade entre seus direitos fundamentais. Tal direito, contudo, não é absoluto. A liberdade pode ser juridicamente restringida. Para tanto, é necessária expressa previsão legal e a observância de um devido processo legal. O direito à liberdade é assegurado por várias garantias, dentre as quais se inclui a presunção de inocência[113].

Todo cidadão, portanto, tem garantida a presunção de inocência que, para ser quebrada, deve haver provas robustas de que cometeu crime, dentro, é claro, das regras do devido processo penal, balizado pelos direitos e garantias constitucionais.

Garante, portanto, a presunção de inocência a liberdade do cidadão, acusado de um delito, contra o poder dever de punir do Estado.

É o que sempre temos no processo penal, o *jus libertatis* do cidadão de um lado e, de outro, o poder dever de punir do Estado de outro, sempre em observância dos direitos e garantias individuais, dentre eles, a presunção de inocência como garantia de liberdade.

Regra de julgamento: aqui temos o princípio tratado de forma técnica jurídica**,** utilizado *sempre que houver dúvida* sobre fato relevante para a decisão. Sentença

---

[112] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 2. ed. São Paulo: Elsevier, 2014.
[113] *Ibid*., p. 22.

condenatória exige a prova cabal da culpa do acusado. A dúvida, aqui, ainda que razoável, leva a absolvição. Confunde-se, pois, neste aspecto com o *in dubio pro reo*.[114]

E reflete diretamente na proibição de se obrigar o acusado a colaborar com a investigação do fato ou a produção da prova (*Nemo tenetur se detegere*). Com efeito, se a liberdade é a regra e qualquer cidadão é presumido inocente, cabendo ao Estado provar sua culpa, decorre daí que ele, sujeito de direitos e não objeto da prova ou do processo, não é obrigado a contribuir com o ônus do Estado, sendo seu direito não se incriminar.

Vale a pena destacar que a regra não traz a inversão do ônus da prova. Pelo contrário, *In dubio pro reo* é regra de julgamento, válida para todo processo penal, não havendo que se falar em distribuição do ônus da prova. Só haverá inversão se for instituído o *in dubio pro societate,* expressão usada equivocadamente, por exemplo, quando se estuda a pronúncia, nos procedimentos do júri, desvirtuando toda sua função garantidora.[115]

Regra de tratamento do acusado: não é permitido que seja equiparado ao culpado. O cidadão é livre e como tal deve ser tratado, mesmo que indiciado e acusado, posto que ainda não há sentença penal condenatória definitiva.

Alguns exemplos:

a) Vedação das prisões processuais automáticas ou obrigatórias (Direito penal do inimigo, por exemplo, drogas, atualmente – os "menos" ou "mais" inocentes que fala Adauto Suannes), sem fundamentação da necessidade da medida.

O princípio não proíbe toda prisão processual, admitindo a que seja compatível com ele, qual seja, a de natureza cautelar, fundada em juízo concreto de sua necessidade e não em presunções abstratas (periculosidade, fuga, gravidade do delito).

Importante a distinção entre a prisão pena e prisão cautelar, não podendo esta fazer as vezes da pena, sob flagrante violação das garantias constitucionais do acusado, dentre elas a da presunção de inocência.[116]

---

[114] *Ibid*.

[115] Equivocadamente porque, mesmo nesta fase da pronúncia, não há que se falar no *in dubio pro societate*, como afirmam Greco Filho E Pitombo (Tribunal do Júri – questões controvertidas. São Paulo, RT). Não tem cabimento desonerar a acusação do ônus da prova quando deveria ter provado e não o fez, premiando-a por não ter conseguido provar.

[116] SAAD, Marta. Assimilação das finalidades da pena pela prisão preventiva. *Revista Eletrônica de Direito Penal,* Rio de Janeiro, v. 1, n.1 p.247-262, jun. 2013. "Diante do princípio constitucional da presunção de inocência, ou proibição de Prévia consideração da culpabilidade (artigo 5º, inciso LXII, da Constituição da República, e artigo 8º, II, do Pacto de São Jose da Costa Rica), contudo, a aplicação dessa regra sujeita-se a rigoroso escrutínio, não se lhe permitindo a extensão que os vagos conceitos do artigo 312 do Código de

b) impossibilidade da execução provisória (apesar de ser praxe, inclusive com expedição de guia de execução provisória: Súmula 716, STF, que admite para a progressão de regime a execução provisória).

Aqui necessário se faz uma explicação. Um retrocesso ocorreu no entendimento atual do STF sobre o tema, que entendeu caber já execução da pena logo após decisão condenatória de segundo grau, fazendo vistas grossas à Constituição Federal.[117]

Processo Penal só aparentemente lhe conferem. Como visto, o caráter de providência transitória é indispensável à boa interpretação da prisão processual; apenas se admite a prisão processual se esta dispuser de cautelaridade, ou seja, se visar a acautelar o resultado útil do processo: "ao contrário, portanto, da prisão como pena, que é retributiva, que se baseia na responsabilidade do acusado, que é injusta para o inocente, a prisão provisória é cautelatória, funda-se na necessidade de chegar a uma solução correta e é justa de que o bem comum a exija. Trata-se de regra excepcional, cuja aplicação contorna a bem da verdade disposições legais hierarquicamente superiores. As regras relativas à prisão processual, porque exceção, precisam ser lidas à luz das garantias Constitucionais e essa prisão não pode ter outra finalidade que não endoprocessual, ou seja, a garantia do próprio processo em que é decretada. É o que, ademais, hoje prevê o artigo 282, do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 12.403/11. Trata-se de finalidade cristalinamente diversa, portanto, em essência, da pena de prisão, que possui finalidades retributiva e preventiva, geral e especial, segundo a teoria que se prefira adotar. Esse cisma, aliás, é visível no ordenamento. Há diferença ontológica entre prisão como pena e prisão como providência cautelar que explica os dispositivos do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal que determinam a separação de presos provisórios de presos definitivos. Por sua natureza, portanto, a prisão processual não poderia assimilar funções ou finalidades da prisão-pena. Importante notar que a conclusão acima tirada, conquanto suficiente do ponto de vista hermenêutico, restringe-se ao plano ideal. A observação prática mostra aplicação mais extensa da prisão preventiva, sugerindo, de duas, uma: ou a regra dispõe de campo de incidência maior do que a lei posta revela, ou a regra é aplicada de forma transcendental, assimilando a finalidade da prisão-pena. Isso se ressalta porque, a toda evidência, "existem fundamentos apócrifos da prisão preventiva", cumprindo a prisão processual funções encobertas, ocultas, mascaradas, porque, "quando se argumenta com razões de exemplaridade, de eficácia da prisão preventiva na luta contra a delinquência e para restabelecer o sentimento de confiança dos cidadãos no ordenamento jurídico, aplacar o clamor público criado pelo delito etc., que evidentemente nada tem que ver com os fins puramente cautelares e processuais que oficialmente se atribuem à instituição, na realidade se introduzem elementos estranhos à natureza cautelar e processual que oficialmente se atribuem à instituição, questionáveis tanto desde o ponto de vista jurídico-constitucional como da perspectiva politico-criminal. Isso revela que a prisão preventiva cumpre 'funções reais' (preventivas gerais e especiais) de pena antecipada incompatíveis com sua natureza". E essa realidade é facilmente verificável, mas vendo sendo repudiada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal."

[117] Notícia extraída do site do STF: stf.jus.br: "STF admite execução da pena após condenação em segunda instância": Por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP)* não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância e indeferiu liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44. O Partido Nacional Ecológico (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), autores das ações, pediam a concessão da medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância. Alegaram que o julgamento do Habeas Corpus (HC) 126292, em fevereiro deste ano, no qual o STF entendeu possível a execução provisória da pena, vem gerando grande controvérsia jurisprudencial acerca do princípio constitucional da presunção de inocência, porque, mesmo sem força vinculante, tribunais de todo o país "passaram a adotar idêntico posicionamento, produzindo uma série de decisões que, deliberadamente, ignoram o disposto no artigo 283 do CPP". O caso começou a ser analisado pelo Plenário em 1º de setembro, quando o relator das duas ações, ministro Marco Aurélio, votou no sentido da constitucionalidade do artigo 283, concedendo a cautelar pleiteada. Contudo, com a retomada do julgamento na sessão desta quarta-feira (5), prevaleceu o entendimento de que a norma não veda o início do cumprimento da pena após esgotadas as instâncias ordinárias"

A decisão foi proferida julgamento do HC 126292, o STF entendeu a possibilidade de cumprimento antecipado da pena, mesmo antes de ter transitado em julgado a decisão, após decisão de segundo grau, violando expressamente a letra da Constituição Federal. Julgou-se para atender ao clamor social, ignorando a garantia e o mandamento constitucional.

Ainda que atualmente ignorado, foi com a Constituição Federal de 1988 que o princípio recebeu expressa previsão em nosso ordenamento jurídico.

Antes não havia previsão expressa, apesar de parte da doutrina já considera-lo implícito ao processo penal brasileiro. Há julgados do Supremo Tribunal Federal também nesse sentido. [118]

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), traz o princípio expressamente entre as garantias processuais mínimas. [119]

Há quem sustente diferenças entre os preceitos, no sentido de o pacto reduzir o âmbito da previsão constitucional, porém, restam extirpadas diante da clareza da norma constitucional ao dizer que somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória é que se considera culpado o cidadão. Além disso, há regra expressa na Convenção no sentido de que os direitos nela previstos não poderão ser interpretados restritivamente (art. 29). Deve sempre prevalecer a previsão mais favorável.

Vê-se, pois, que tanto no âmbito interno como internacional (tratados), o princípio em questão é uma verdadeira pedra angular do processo penal: "O devido processo legal somente o será na medida em que estiver em conformidade com a presunção de inocência".[120]

Vê-se, pois, a estreita relação da presunção de inocência com o comportamento do acusado no processo e o *nemo tenetur se detegere*, especialmente o de não ser obrigado a produzir prova contra si, o direito ao silêncio e de não ser prejudicado e incriminado quando do exercício de tais direitos.

Maria Elizabeth Queijo, ao discorrer sobre a presunção de inocência e sua relação com o *Nemo Tenetur Se detegere*, após apontar ser ele um dos corolários do devido

---

[118] (STF, RE 136.239, 1ª T., Rel. Celso de Mello, j. 07.04.92, v.u. RTJ 143/306 e HC 67.607, 1ª T., Rel. Min. Celso de Mello, j. 07.09.89, v.u., RTJ 141/816).

[119] Artigo 8.2 que: "toda pessoa acusada de um delito tem o direito que se presuma sua inocência, enquanto não se comprove legalmente a sua culpa".

[120] PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

processo legal, adotado no texto constitucional e reafirmando a dignidade humana como valor norteador do ordenamento jurídico brasileiro, o vincula ao modelo garantista. Tece considerações sobre seu sentido técnico de não consideração prévia da culpabilidade, isto é, não ser considerado culpado o cidadão até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, reflexos na prova e no tratamento do acusado, dentro e fora do âmbito do processo penal.

> Quanto ao tratamento do acusado, no curso do processo, em razão da presunção de inocência, deverá ser igual ao de qualquer outra pessoa, sem diminuição moral ou social perante os outros cidadãos. Com relação à liberdade, a presunção de inocência impõe que medidas cautelares decretadas tenham finalidade estritamente processual. Caso contrário significariam antecipação de pena, o que é inadmissível diante do princípio em foco.[121]

Continua a citada autora esclarecendo que no campo probatório a consequência mais elementar da presunção de inocência é que o ônus da prova recaia exclusivamente sobre a acusação, incumbindo ao acusador demonstrar a culpabilidade do acusado. Continua, apoiada em Gomes Filho, afirmando que outra decorrência do princípio da presunção de inocência, apontada pelo mesmo autor, no âmbito das provas, é a impossibilidade de se obrigar o acusado a cooperar na investigação dos fatos:

> Nessa ótica, o nemo tenetur se detegere coaduna-se perfeitamente com o processo penal informado pelo princípio da presunção de inocência, não se admitindo, em face do referido princípio, que o acusado venha a tornar-se objeto da prova.
> Em acréscimo, a recusa do acusado em colaborar na persecução penal não poderá ser interpretada desfavoravelmente a ele, em face do princípio da presunção de inocência.
> Extrai-se, desse modo, também do princípio da presunção de inocência, o direito à não autoincriminação, que é consubstanciado no nemo tenetur se detegere. [122]

Pedra angular do sistema, portanto, estreitamente ligado ao comportamento do acusado no processo e a proibição de se auto incriminar.

3.2 DIREITO DE DEFESA. A AMPLA DEFESA. AUTODEFESA

É inerente a qualquer ser humano se defender, em qualquer situação, processual ou não. Pode-se dizer que é instintivo até, faz parte da natureza humana.

---

[121] QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova conta si mesmo*: o princípio Nemo Tenetur Se Detegere e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 100-101.
[122] *Ibid.,* p. 102.

Nesse sentido, Giacomoli inicia o capítulo sobre a ampla defesa:

> O direito de defesa integra a própria condição humana, sendo objeto de constantes regulamentações, tanto na normatividade convencional, quanto constitucional e ordinária.[123]

O direito à ampla defesa, entre nós no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, está inserido na cláusula do devido processo legal e um dos fatores legitimadores da jurisdição.

Para Maria Elizabeth Queijo[124]

> Greco Filho indica a ampla defesa como a mais importante garantia do processo penal, em torno da qual 'todo o processo gravita'. Na visão do referido autor, a ampla defesa consiste na oportunidade de o réu contraditar a acusação, sendo que os termos processuais devem possibilitar sua eficiência.[125]

Para o autor citado:

> Consiste a ampla defesa na possibilidade de o réu contraditar a acusação, através da previsão legal de termos processuais que possibilitem a eficiência da defesa [...] A ampla defesa se traduz, em termos objetivos, englobando a instrução contraditória, em algumas soluções técnicas dentro do processo, as quais, na verdade, tornam efetiva a garantia. [126]

---

[123] GIACOMOLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica – cases da Corte Interamericana do Tribunal Europeu e do STF*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 112-113. O autor elenca as seguintes normas: Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, em seu artigo XI. 1, estabelece que "toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa". Aponta, ainda, o Convênio Europeu à Proteção dos Direitos Humanos, de 1950, que em seu art. 6.2,c, traz que toda pessoa possui o direito de defender-se por si mesma, ou a ser assistida por um defensor de sua escolha, e não possuindo meios de pagá-lo, poderá ser assistido gratuitamente por um advogado de ofício. Traz o PIDCP, de 1966, no mesmo sentido, ressaltando o direito de presença. Após, aponta a CADH, em seu art. 8, elenca várias garantais judiciais, relacionadas a ampla defesa (8.1 direito de ser ouvido, 8.2 – direito ao intérprete, à ciência prévia da acusação, a um tempo para preparar a defesa, à autodefesa, de constituir defensor e de lhe ser destinado um defensor pelo Estado. Por fim, aponta na Constituição Federal de 1988, o artigo 5, LV, aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Ressalta, ainda que sendo o caso de Tribunal do Júri, há uma potencialização da garantia, na medida em que a CF assegura "a plenitude de defesa (art. 5, XXXVIII, a)".

[124] QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova conta si mesmo*: o princípio *Nemo Tenetur Se Detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 98.

[125] A autora cita: GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 63.

[126] GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva: 1989. p. 126.

Para Pitombo a plenitude de defesa possui três facetas: o direito de saber, de ser informado; o direito de contrariar a acusação e, por fim, o direito à prova, ou seja, de acompanhar e produzir a prova.[127]

Decorre uma série de outros direitos e garantias da ampla defesa e plena, sendo eles: o direito de ser informado da acusação, o direito à prova, o direito de ser ouvido, o direito de não colaborar com a acusação, o *nemo tenetur*, o direito ao silêncio e da igualdade de armas, dentre outros.

Diferentemente do processo civil, no processo penal indispensável a defesa, sob pena de nulidade. Mais que isso, o acusado tem o direito de ter uma defesa efetiva, substancial, e não meramente formal, também sob pena de ser declarado indefeso, devendo ser nomeado defensor dativo para exercer tal mister.

Não basta a defesa formal, portanto, para fazer valer a obrigatoriedade da ampla defesa, sendo necessário que haja uma efetiva e substancial defesa.

Não se restringe a defesa técnica (advogado, defensor público, defensor dativo), mas engloba também a defesa pessoal do acusado (autodefesa), durante todo o trâmite processual, inclusive na fase recursal e de execução da pena (direito de ser ouvido).

O direito de defesa ou ampla defesa, portanto, é composta pela defesa técnica e autodefesa. A primeira exercida por profissional habilitado, advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, e a segunda pelo próprio acusado, pessoalmente.[128]

Giacomoli, aduz que

> A suficiência e a efetividade integram o conceito de ampla defesa, como núcleo substancial dessa garantia fundamental. Por isso, tanto a ausência, quanto a deficiência, limitação ou insuficiência, afastam a garantia constitucional da ampla e plena defesa. Essa garantia abarca o direito de

---

[127] PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Constituição da República e Processo Penal*. Disponível em: <www.sergio.pitombo.nom.br/files/word/const_rep.doc>. Acesso em: 28 out. 2016. Palestra proferida em outubro de 1995 na Justiça Federal de São Paulo. "A plenitude de defesa alterou-se; agora, deve ser divisada sob tríplice enfoque. Primeiro, o direito de saber, ou de ser informado, não só por meio da citação, mas ainda, da intimação e da notificação. Direito, portanto, à plena ciência dos atos e termos da causa, importantes à defesa. Depois, o direito de contrariar, ou contraditoriedade. E, por fim, em sua terceira visualização: o direito à prova, legitimamente, obtida e produzida. Jus, portanto, a pleitear meios de prova, acompanhar-lhes a produção; bem como seguir as requeridas pela acusação, ou determinadas pelo Juiz da causa, de modo supletivo, por força de seu poder-dever inquisitivo".

[128] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 54: "O direito de defesa apresenta-se bipartido em (1) direito à autodefesa; e (2) direito à defesa técnica. O direito à autodefesa é exercido pessoalmente pelo acusado, que poderá diretamente influenciar o convencimento do juiz. Por sua vez, o direito à defesa técnica é exercido por profissional habilitado, com capacidade postulatória e conhecimentos técnicos, assegurando assim a paridade de armas entre a acusação e a defesa".

> contestar, de resistir, de responder a acusação, por meio de defensor ou pessoalmente, de omitir-se, de calar. A defesa técnica obrigatória se dá através da constituição de defensor ou da nomeação de defensor dativo ou público, pois ninguém será processado validamente, sem defensor técnico. É oque se infere da normatividade convencional, constitucional e ordinária. [129]

A ampla defesa engloba, portanto, outros direitos, quais sejam, o de ser ouvido ou direito à audiência, o direito de acesso aos procedimentos (Súmula vinculante 14 do STF[130]), o direito de estar presente, o direito de entrevista com seu defensor, o direito de presença de intérprete, a legitimação recursal do próprio réu, o direito à última palavra, o direito à informação (inclusive sobre o direito ao silêncio), o direito ao silêncio e o de não ser punido pelo seu exercício, a obrigatoriedade e efetividade da defesa técnica, faculdade da autodefesa, exigibilidade da par conditio.

Acrescento, aqui, o direito de ausência, como decorrência da ampla defesa e do *nemo tenetur se detegere*, que será analisado.

Queijo, ao discorrer sobre o direito de recusa do acusado em colaborar na produção de provas que possam importar em autoincriminação, abarcado pela ampla defesa, cita em nota Azevedo:

> Afirma que a ampla defesa apresenta dois aspectos: o positivo, que se realiza na 'efetiva utilização dos instrumentos, dos meios e modos de produção, certificação, esclarecimento ou confrontação de elementos de prova que digam com a materialidade da infração criminal e com a autoria', e o negativo, consistente na 'não produção de elementos probatórios de elevado risco ou potencialidade danosa à defesa do réu. [131]

---

[129] GIACOMOLI, Nereu José. *O devido processo penal*: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014. p. 114.

[130] Súmula vinculante n. 14 do STF: "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa". A nova jurisprudência posterior à súmula vinculante 14, inclusive, se firmou no sentido da possibilidade de obtenção de cópias de todos os elementos de prova já documentados em quaisquer meios de registro: "I - O direito ao 'acesso amplo', descrito pelo verbete mencionado, engloba a possibilidade de obtenção de cópias, por quaisquer meios, de todos os elementos de prova já documentados, inclusive mídias que contenham gravação de depoimentos em formato audiovisual. II - A simples autorização de ter vista dos autos, nas dependências do Parquet, e transcrever trechos dos depoimentos de interesse da defesa, não atende ao enunciado da Súmula Vinculante 14. III - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende ser desnecessária a degravação da audiência realizada por meio audiovisual, sendo obrigatória apenas a disponibilização da cópia do que registrado nesse ato." (Rcl 23101, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgamento em 22.11.2016, DJe de 6.12.2016

[131] QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova conta si mesmo*: o princípio *Nemo Tenetur Se Detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 90, nota 103, onde menciona: AZEVEDO, David Teixeira de. O interrogatório do réu e o direito ao silêncio. *op. cit*. p. 290.

Analisada a presunção de inocência, desnecessário repisar que ao Estado acusação cabe o ônus da prova no processo penal. Deve, pois, comprovar toda a imputação que recai contra o acusado, em cumprimento ao princípio da estrita legalidade.

O acusado, por sua vez, não é obrigado a comprovar-se inocente. Se ao Estado acusação compete o ônus da prova da imputação que faz, não logrando êxito na sua tarefa, a absolvição é a decisão correta.

Voltando ao direito de defesa consagrado constitucionalmente, implica ele no direito de o acusado, antes de mais nada, ter contra si uma acusação certa, determinada e clara, para que possa primeiro ter ciência do que é acusado e o que lhe é imputado.

Após, faz parte também do direito de defesa o acusado ter acesso a todas as provas que amparam a acusação e, por fim, poder contrariá-las, em igualdade de condições, observado o contraditório e o devido processo legal.

No processo, instrumento público pelo qual o Estado verifica a ocorrência ou não de um fato previsto na lei como crime e seu suposto autor, com observância das garantias constitucionais, o momento de maior relevância é no interrogatório, quando a lei prevê expressamente que o acusado terá direito de responder o que lhe for questionado, bem como de manter-se em silêncio, não sendo obrigado a produzir prova contra si, visto que tal ônus é da acusação.

Insere-se neste contexto o direito de o acusado trazer sua versão sobre os fatos, não podendo ser penalizado por isso.

E ainda que se entenda "mentirosa" a versão defensiva, não pode o acusado ser penalizado por isso, vez que, ainda que não se considere que haja direito de mentir, simplesmente não haverá punição por eventual mentira, como se verá.

Prado anota sobre o direito de defesa que ele repousa na proteção dos direitos fundamentais, que há limites à pretensão estatal, dentre elas a que limita a busca das provas e da verdade, sendo esta a contingente, e não a absoluta, real. Cita Mendes, que por sua vez vai até João Barbalho, quando comenta a Constituição de 1891, que enumera as incompatibilidades de algumas técnicas para se buscar a pretendida verdade com a ampla defesa.[132]

---

[132] PRADO, Geraldo O direito ao silêncio. *Juris Poiesis Revista de Direito dos Cursos da Universidade Estácio de Sá*, Rio de Janeiro, v.1, n. 1, p.159-169, 1999. "No caso penal, à pretensão do Estado opõe-se a pretensão do acusado e de seu defensor à tutela jurídica, resistindo aos interesses do autor, nota característica do

Compõe a ampla defesa, ao lado da defesa técnica, a autodefesa, que se manifesta no interrogatório, momento em que o acusado tem o direito de falar ou de silenciar.

A defesa técnica é obrigatória, sob pena de nulidade. A autodefesa, não. É ela facultativa. É obrigatória a ciência ao imputado da autodefesa (interrogatório, audiência, reconstituição do fato), mas o exercício da autodefesa é facultativo, diante do princípio que veda a autoincriminação (*nemo tenetur*), do direito ao silêncio e da presunção de inocência.[133]

Poderá o acusado exercer ou não o direito de autodefender-se, pode calar ou falar, bem como o de confessar e admitir a imputação e o de trazer sua versão dos fatos sem ser punido por isso. Deve ser dada ciência ao acusado, antes de ser interrogado, de que terá o direito de fazer sua autodefesa.

Badaró[134] aponta que o direito à autodefesa se subdivide em: (1) direito de presença; (2) direito de audiência; (3) direito de postular pessoalmente:

> O direito de presença é exercido com o comparecimento em audiências pelo acusado. A sua presença permitirá uma integração entre a autodefesa e a defesa técnica na produção da prova. Muitos fatos e pormenores mencionados por testemunhas são do conhecimento pessoal do acusado que, por estar diretamente ligado aos fatos, poderá auxiliar o defensor na formulação de perguntas e na demonstração de incongruências ou incompatibilidades no depoimento. Assim, a restrição da participação do acusado na audiência de oitiva de testemunhas pode implicar séria violação direito de defesa como um todo.

---

direito de defesa. Justamente porque a tutela jurídica dos interesses do acusado repousa na proteção dos direitos fundamentais, é que se aceita que a verdade tangida pela sentença há de ser tão-só a verdade contingente, própria da natureza humana e das circunstâncias históricas, obtida com as cautelas inerentes à preservação da dignidade humana (verdade forense), e não uma verdade real e absoluta, cujo significado filosófico é até mesmo difícil de determinar. Neste contexto situa-se o direito de defesa. Gilmar Ferreira Mendes nos remete à histórica intervenção de João Barbalho, a propósito de comentar a Constituição de 1891, para ajustar as práticas judiciais aos meios e fins coerentes com nosso estágio de desenvolvimento. Vale, pois, destacar a intervenção, de início do século: "Com a plena defesa são incompatíveis, e, portanto, inteiramente inadmissíveis, os processos secretos, inquisitoriais, as devassas, as queixas ou o depoimento de inimigo capital, o julgamento de crimes inafiançáveis na ausência do acusado ou tendo-se dado a produção das testemunhas de acusação sem ao acusado se permitir reinquiri-las, a incomunicabilidade depois da denúncia, o juramento do réu, o interrogatório dele sob coação de qualquer natureza, por perguntas sugestivas ou capciosas."

[133] QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova conta si mesmo*: o princípio *Nemo Tenetur Se Detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 99: "A autodefesa, embora assegurada constitucionalmente, é tida por renunciável, podendo, portanto, o acusado exercê-la ou não. Já a defesa técnica, por profissional legalmente habilitado, é indisponível, deve ser plena e efetiva. Somente assim será assegurada a igualdade de armas e o contraditório. A defesa, como anteriormente observado, é garantia da jurisdição".

[134] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3. ed. 2015. p. 54. Esclarece o autor que a doutrina aponta normalmente os dois primeiros direitos, sendo que o direito de postular pessoalmente é apontado por Scarance Fernandes.

3.2.1 O interrogatório do acusado. Direito de audiência

É no interrogatório o momento de maior relevo no processo para o exercício da autodefesa. É aqui que o acusado pode, pessoalmente, apresentar sua versão sobre os fatos, confessar, ou permanecer em silêncio e, o principal, sem que seja punido por isso.

A audiência do réu pelo juiz ocorre no interrogatório.[135]

É quando o acusado estará frente a frente com o juiz que o julgará e terá a oportunidade de apresentar sua versão dos fatos, ou de calar-se, sem que isso implique em qualquer ônus a ele.

Buzzellli[136] refere que sempre há uma dupla perspectiva do saber do acusado para o processo penal. Há sempre uma grande tentação de trazer para o processo o conhecimento do acusado sobre o fato, pois mesmo que inocente, é o protagonista de tal fato.

O primeiro ponto é o interesse em ouvir o acusado a respeito do fato. E o segundo é o interesse do acusado no resultado do processo. É a melhor pessoa para trazer o fato, mas por outro lado tem interesse no resultado.

E o interrogatório do réu, será diferente, dependendo do sistema processual e probatório e suas consequências.[137]

Cada sistema tem sua maneira de conduzir a prova, o que corresponde, basicamente, à evolução dos sistemas processuais na Europa continental e Inglaterra.

O que interessa para o trabalho é a duplicidade de orientação que tem reflexo no modo de conduzir a obtenção da verdade e em relação ao interrogatório, para trazer ao processo a contribuição pessoal do autor do fato.

---

[135] GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 237: "O interrogatório do acusado é a audiência do réu. É sempre necessário desde que o acusado se encontre presente. Deve ser realizado sob pena de nulidade (art. 564, III, e), mas pode ser realizado a qualquer tempo, de modo que, se o acusado não foi interrogado no momento correto, poderá sê-lo posteriormente, inclusive após a sentença. É o que ocorre, também, na hipótese de não ter sido feito o interrogatório em virtude da revelia e vir o réu a ser encontrado posteriormente. O acusado pode, também, ser reinterrogado."

[136] BUZELLI, Silvia. Il contributo dell'imputato alla ricostruzione del fatto. In*:* UBERTIS, Giulio (Org.). *La conoscenza del fatto nel processo penale*. Milano: Giuffré, 1992. p. 79-89.

[137] QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova conta si mesmo*: o princípio *Nemo Tenetur Se Detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.108: "É importante a identificação da natureza jurídica do interrogatório, em um determinado ordenamento jurídico, orque, a partir dela, extam-se consequências quanto à aplicação do princípio nemo tenetur se deetegere. O interrogatrório, em dado ordenamento, poderá ter a natureza de meio de prova ou meio de defesa".

A partir dos séculos XIII e XIV pode-se dizer que vigorou na Europa continental o sistema inquisitivo e na Inglaterra o sistema acusatório.

No inquisitivo, o grande objetivo do juiz inquisidor é obter a confissão. É ela a melhor forma de tranquilizar o julgador, que é a obtenção de uma verdade absoluta.

Havia uma ideia de que era possível obter uma verdade, que existe uma verdade perfeita correspondente entre o que ocorreu e o que se pretende saber. Juiz faz o papel de um historiador, de certo modo, pois têm em comum a missão de trazer para o presente fatos ocorridos no passado.

No sistema inquisitivo a meta era a obtenção de uma verdade (absoluta). Daí a obsessão do inquisidor pela confissão.

Ao sistema inquisitivo corresponde o sistema de prova legal (sistema de avaliação da prova), sendo que em tal sistema a confissão, possuía valor absoluto e era a rainha das provas. Bastava ela para condenar. Daí a obsessão do inquisidor pela obtenção da verdade a qualquer custo.

Por isso se admitia até a tortura para a obtenção da verdade, que tinha, inclusive, uma regulamentação legal bem precisa. Era a tortura, portanto, um mecanismo de pressão física e psicológica.

Inquisidor, por isso, era obcecado pela verdade. Nesse sentido o interrogatório era meio de prova.

Cronologicamente pode-se situar o contexto acima nos séculos XVII e XVIII, mas o fato é que até pouco tempo atrás tínhamos isso no Brasil e nem havia previsão do direito ao silêncio, que veio com a Constituição de 1988 e, ainda assim, no Código de processo Penal só foi previsto tal direito em 2003, o que é recentíssimo em termos históricos.

Por outro lado, onde há elementos acusatórios (Common law) o acusado tem o direito de se calar, de não se auto acusar. Mas isso foi objeto de uma longa evolução do direito inglês (como será visto no tópico sobre o *nemo tenetur se detegerere* e seu histórico), consagrado nos idos de 1700 (Séc. XVIII), nos tribunais eclesiásticos, estando diretamente relacionado com a defesa técnica. O direito ao silêncio do acusado no interrogatório está diretamente ligado, portanto à defesa técnica.

Atualmente, no direito inglês, pode-se dizer que o acusado, quando interrogado, pode ficar em silêncio ou prestar declarações. Se optar por falar, terá que dizer a verdade, tanto que é ouvido como testemunha e pode cometer o crime de perjúrio, crime muito sério, tanto nas Inglaterra como nos Estados Unidos (tanto que o ex – presidente Nixon renunciou para não responder por perjúrio).

Importante frisar que a uma grande diferença nos dois sistemas de processo é a verdade.

No sistema acusatório ou nos correspondentes a ele, a verdade não é uma verdade absoluta, mas uma verdade problemática, que pode não corresponder ao ideal de verdade absoluta, mas é escolhida por motivos éticos.[138] Daí as regras de exclusão no sistema anglo saxão e em vários ordenamentos (por exemplo, a vedação das provas ilícitas).

No sistema italiano houve uma mudança radical no Código de Processo penal da década de 30 em 1988, resultado de uma lei delegada, que trazia o sistema acusatório, moldando o interrogatório como meio de defesa.

Sobre a natureza jurídica do interrogatório, intrinsicamente ligada ao sistema processual adotado, pode-se falar em duas visões de interrogatório, de acordo com os sistemas processuais.

No sistema inquisitivo o interrogatório é meio de prova com todas as consequências de tal natureza (negação do direito ao silêncio e até a tortura); e nos sistemas acusatórios, o interrogatório é meio de defesa. Interrogado presta compromisso e observa o contraditório.

Assim, se entendermos que temos um sistema acusatório que garante o direito ao silêncio, o interrogatório não será meio de prova.

Quando tratamos de meio de prova, as partes podem fazer requerimentos, por exemplo, requerer uma determinada perícia, e o resultado disso que será a prova.

No sistema inglês, a parte requer o interrogatório e o próprio réu, quando pede para ser ouvido, automaticamente abre mão do direito ao silêncio.

---

[138] O direito de cada povo está diretamente ligado à cultura, aos usos e costumes locais e de cada período histórico. No Direito anglo-saxão era e é da cultura deles pacificar, sem que fosse necessário saber a verdade. Preferiam e preferem resolver o problema a ficar buscando uma verdade absoluta. Bem diferente da cultura latina, do direito continental, com forte influência da igreja, aliada á peculiaridades culturais locais, em que se dava e se dá até hoje mais valor à busca da verdade do que à pacificação, à resolução dos problemas. Nesse sentido, Damaska.

No direito brasileiro, nem por este aspecto o interrogatório é meio de prova.

Atualmente, pelo regramento de hoje dispensado ao interrogatório, pode-se dizer que é meio de defesa.

E meio de defesa que é, parte da doutrina entende que ele deveria ser facultativo, ou seja, a defesa que requer caso queira fazer alguma prova (isso seria num sistema acusatório puro).[139]

Thums anota que o STF ainda não teria assimilado a mudança do sistema processual e considera o interrogatório meio de prova, indispensável no processo, sob pena de nulidade. [140] E cita os seguintes julgados nesse sentido: HC 51.272, , RTJ 69/659, HC 51.913, RTJ 71/79; RHC 55503, RTJ 87/32, RHC 57946, RTJ 97/1049; HC 67923, RTJ 132/1179; HC 69544, RTJ 14221; HC 74695; HC 75284; RTJ 143/221; HC 76352.

Há, porém, julgados no sentido de constituir meio de defesa, não podendo o réu ser prejudicado por exercê-lo e, especialmente, garantindo o direito ao silêncio e que, depois, estendeu o alcance da garantia para além do direito de calar.[141]

Ainda sobre a imprescindibilidade do interrogatório, referido autor cita Grinover, que mesmo entendendo ser meio de defesa nítido, deve ser obrigatório.[142]

Apenas após se reconhecer o direito ao silêncio, exercido no interrogatório, é que passou a ser valorizada a autodeterminação e a liberdade do acusado para decidir se colabora ou não com a persecução penal, explica Queijo.

Complementa citada autora que o direito ao silêncio decorre do *nemo tenetur se detegere*, mas não se esgota nele, compreendendo o direito de não se auto incriminar,

---

[139] Vale lembrar que na antiga lei de imprensa, apesar de taxada de produto da ditadura quando retirada de cena, era assim que funcionava, ou seja, o réu só era interrogado se requeresse.

[140] THUMS, Gilberto. *Sistemas Processuais Penais – tempo – tecnologia – dromologia – garantismo*. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 151.

[141] BOTTINO, Thiago. *O direito ao silêncio na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 124-125. O autor aponta a evolução da jurisprudência do STF para a extensão dos efeitos do direito ao silêncio. Cita, por exemplo, o julgado como leading case habeas corpus n. 68.929-9/SP, bem como os que o seguiram: HC 73.035-3/DF, 79.244-8/DF e 79.589-7/DF. Menciona também, na evolução, o HC 83.357-8/DF, 89.269-8/DF. Esclarece o autor: " Por fim, apenas a título de reconstrução histórica dos julgamentos , enumeram-se outros casos examinados pelo STF, cujo pedido não foi considerado prejudicado". E cita os seguintes julgados: HC 80.584-1/PA, HC 83.703-4/SP.

[142] THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais – tempo – tecnologia – dromologia – garantismo*. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 151: "Ada Pellegrini Grinover não deixa dúvidas ao afirmar que o direito ao silêncio é o selo que garante o enfoque do interrogatório como meio de defesa e que assegura a liberdade de consciência do acusado. Todavia, considerado compulsório e indispensável e não facultativo, opcional do réu".

abrangendo a autodefesa também o direito de o acusado se recusar a colaborar com a produção da prova.[143]

O interrogatório do acusado é o momento no processo de maior importância e relevo quanto ao direito de não se auto incriminar, do qual o direito ao silêncio é a manifestação mais conhecida. E isso porque muitos equiparam o *nemo tenetur* ao direito ao silêncio, mas o princípio é muito mais amplo que esse aspecto.

Como já adiantado, mas apenas em termos de uma visão mais global, sobre sua natureza jurídica[144], há divergência na doutrina, de onde decorrem três posições: a) Meio de prova, porque o Código de Processo penal o coloca nesse capítulo; b) meio de defesa, especificamente, autodefesa, onde pode ser exercido o direito ao silêncio do acusado; c) natureza mista, de meio de defesa e de prova.

Sustenta-se aqui a natureza do interrogatório como meio de defesa, sendo ato de defesa, vez que o acusado tem garantido constitucionalmente o direito ao silêncio. Ora, se não é obrigado a falar e não pode ser penalizado por exercer o direito ao silêncio, não há como negar a natureza de meio de defesa do ato. Exercendo o direito ao silencio, não haverá fornecido elementos de convicção ao julgador.

Ensina Badaró que,

> Eventualmente, ao exercer sua autodefesa, o acusado poderá fornecer algum elemento de convicção que possa ser considerado pelo juiz na formação de seu convencimento. Não é este, porém, o objetivo do interrogatório. [145]

---

[143] QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova conta si mesmo*: o princípio Nemo Tenetur Se Detegere e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 99: "Somente com o reconhecimento do direito ao silêncio é que se valorizou, no ordenamento jurídico nacional, a autodeterminação e a liberdade moral do acusado, para decidir se colabora ou não na persecução penal, especificamente no momento do interrogatório. O direito ao silêncio, enumerado na Constituição Federal como direito de permanecer calado, é decorrência do princípio nemo tenetur se detegere e coloca-se na esfera da autodefesa. Além disso, o silêncio pode representar uma estratégia da defesa. Mas o nemo tenetur não se esgota no direito ao silêncio. Compreende direito mais amplo, que é o de não se auto incriminar. A autodefesa abrange, assim, também o direito de recusa em colaborar na produção de provas que possam importar em auto incriminação." – O aspecto do nemo tenetur se detegere relacionado a colaboração do acusado (ativo-passivo) com a produção da prova, exceto o interrogatório, não será objeto do presente trabalho, como já esclarecido.

[144] Sobre o interrogatório e os sistemas processuais, esclarece QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova conta si mesmo*: o princípio *Nemo Tenetur Se Detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 109: "A sua natureza jurídica como meio de prova deita raízes no modelo inquisitório, no qual, como anteriormente observado, o acusado é objeto de prova. Sendo o interrogatório meio de prova, o acusado não pode eixar de responder às indagações que lhe forem formuladas. É obrigado a responder. Não tem direito ao silêncio. Já a natureza jurídica do interrogatório como meio de defesa coloca em relevo a faculdade que tem o acusado de responder às questões formuladas. Deve decidir, de acordo com seu livre-arbítrio, entre responder ou não às perguntas feitas. Sendo assim, tem o direito de silenciar".

[145] PADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3. ed. 2015. p. 442.

Para Greco Filho:

> O entendimento mais aceito sobre a natureza do interrogatório é o de que é ele ato de defesa, porque pode nele esboçar-se a tese de defesa e é a oportunidade para o acusado apresentar sua versão dos fatos, mas é, também, ato de instrução, porque pode servir como prova.
> No interrogatório pode vir, espontaneamente, a confissão. Mas o silêncio não induz confissão ficta ou presumida. Tem o acusado, ademais, o direito constitucionalmente garantido de ficar calado, não podendo o silêncio ser usado a seu desfavor, como dispõe o art. 186 e seu parágrafo único, que explicita a garantia constitucional de permanecer calado.

Couceiro[146] anota que deixou de ser meio de prova para se tornar meio de defesa, meio de contestação da acusação e instrumento para o imputado trazer e mostrar sua versão dos fatos.

Por outro lado, lembra que a autoridade, por meio do interrogatório, pode ter conhecimento de dados úteis a descoberta da verdade, mas não é esta a finalidade do interrogatório. Ele pode vir a ser meio de prova, mas não o é necessariamente. Assim, não tem o imputado o dever de fornecer elementos de prova. Mais ainda, poderá estar presente ou ausente na audiência, falar ou se calar, devendo a autoridade respeitar a sua liberdade de defesa da forma que melhor entender.

Queijo vincula o interrogatório ao direito de audiência e à autodefesa, sendo o interrogatório, nessa ótica

> O instrumento pelo qual o acusado pode expor sua versão dos fatos. Constitui, portanto, meio de defesa. Para tanto, deve ele estar ciente de seus direitos e da ausência do dever de fornecer elementos de prova em seu prejuízo.[147]

Terá o acusado como única consequência do direito ao silêncio exercido a não apresentação da sua versão dos fatos, deixando de trazer elementos em sua defesa.

---

[146] COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 22-23. E complementa, citando Grinover, Gomes Filho e Fernandes (As Nulidades no Processo Penal), e ao final, Costa Andrade, Manuel (sobre as proibições de prova em processo penal [...]: "Assim, o direito ao silêncio é o selo que garante o enfoque do interrogatório como meio de defesa e que assegura a liberdade de consciência do acusado, o qual, por tal razão, deixa de ser somente meio ou objeto da investigação e passa a adquirir a qualidade de efetivo sujeito do processo. Na liberdade de declaração consgra-se o estatuto do imputado de autêntico sujeito processual"

[147] QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova conta si mesmo*: o princípio *Nemo Tenetur Se Detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.110.

O silêncio, no caso, jamais importa em confissão ficta e muito menos poderá ser interpretado contra o réu. Ou seja, do exercício do direito ao silêncio – e do *nemo tenetur* – não se pode extrair consequências negativas.

Sobre a mentira do réu no interrogatório, tema estudado em tópico próprio, por enquanto apenas será consignado que o réu não pode ser penalizado, via de regra, se o fizer, o que não significa um direito a mentira, como será melhor esclarecido no tópico específico. Independente se direito ou não (analisado sob o prisma do direito de defesa), não pode o réu ser penalizado por isso.

É o momento em que se exerce a autodefesa, podendo o acusado responder ou não às perguntas do juiz, da acusação e da própria defesa.

Lopes Júnior [148] denomina de defesa pessoal positiva, afirmando que é imprescindível a presença de defensor no momento das declarações do suspeito perante a autoridade, judicial ou policial e isso se dá, não só por força do mandamento constitucional, mas agora pela expressa previsão do artigo 185, do Código de Processo Penal[149]:

---

[148] LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 640: "Mesmo no interrogatório policial o imputado tem o direito de saber em que qualidade presta as declarações, de estar acompanhado de advogado e, ainda, de reservar-se ao direito de só declarar em juízo, sem qualquer prejuízo. O art. 5º, LV, da Constituição Federal, é inteiramente aplicável ao inquérito policial. O direito de silêncio, ademais de estar contido na ampla defesa (autodefesa negativa), encontra abrigo no artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal, que ao tutelar o estado mais grave (preso), obviamente abrange e é aplicável ao sujeito passivo em liberdade".

[149] Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º. 12.2003). § 1º O interrogatório do réu preso será realizado, em sala própria, no estabelecimento em que estiver recolhido, desde que estejam garantidas a segurança do juiz, do membro do Ministério Público e dos auxiliares bem como a presença do defensor e a publicidade do ato. (Redação dada pela Lei nº 11.900, de 2009). § 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades: (Redação dada pela Lei nº 11.900, de 2009). - prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento; (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009). II - viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal; (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009). III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código; (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009). IV - responder à gravíssima questão de ordem pública. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009). 3º Da decisão que determinar a realização de interrogatório por videoconferência, as partes serão intimadas com 10 (dez) dias de antecedência. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009). 4º Antes do interrogatório por videoconferência, o preso poderá acompanhar, pelo mesmo sistema tecnológico, a realização de todos os atos da audiência única de instrução e julgamento de que tratam os arts. 400, 411 e 531 deste Código. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009). § 5º Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009). § 6º A sala reservada no

> A presença do defensor no momento das declarações do suspeito frente à autoridade judiciária ou policial é imprescindível, não só pela exigência constitucional (nunca obedecida), mas pela (agora) expressa previsão legal do artigo 185, do Código de Processo Penal. [...] Como já afirmado, agora não mais será o advogado um *'convidado de pedra'*, senão que poderá participar ativamente do interrogatório:
> Art. 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato parar ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.

E poderá apresentar sua versão dos atos sem ser penalizado por isso, exceto se imputar crime a outrem, sem se defender. No tópico sobre o *nemo tenetur* esta questão será analisada.

Atendendo à evolução tecnológica, a legislação brasileira passou a prever o interrogatório por videoconferência, evitando que o ato fosse realizado por carta precatória e possibilitando ao Juiz do caso que, ainda que por meio digital, ele realize o ato.

Tal previsão, para parte da doutrina é inconstitucional, pois retira do julgador um elemento importantíssimo que será usado na sentença, qual seja, o contato direto com o acusado e seu defensor, necessário não só para ao julgamento, mas também e especialmente para a defesa do acusado.

Destaca-se a importância do ato não apenas pelo exercício da autodefesa, mas também porque é nele, interrogatório, com a presença do réu que o juiz tomará todas suas impressões sobre a pessoa que ali está para ser julgada, boas ou ruins, e que, segundo sustentamos, não poderão ser usadas para majorar a pena se desconexas com o fato, apoiadas no critério personalidade doa gente, como por exemplo entender que o réu é "arrogante", ou que teria "mentido", como se analisará no capítulo 5.

Ocorrendo tal valoração, extrai-se consequências negativas do *nemo tenetur*, exatamente o que ele proíbe, em seu núcleo.

---

estabelecimento prisional para a realização de atos processuais por sistema de videoconferência será fiscalizada pelos corregedores e pelo juiz de cada causa, como também pelo Ministério Público e pela Ordem dos Advogados do Brasil. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009). § 7º Será requisitada a apresentação do réu preso em juízo nas hipóteses em que o interrogatório não se realizar na forma prevista nos §§ 1º e 2º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009). § 8º Aplica-se o disposto nos §§ 2º, 3º, 4º e 5º deste artigo, no que couber, à realização de outros atos processuais que dependam da participação de pessoa que esteja presa, como acareação, reconhecimento de pessoas e coisas, e inquirição de testemunha ou tomada de declarações do ofendido. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009). § 9º Na hipótese do § 8º deste artigo, fica garantido o acompanhamento do ato processual pelo acusado e seu defensor. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009). § 10. Do interrogatório deverá constar a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016).

Enfim, a natureza jurídica do interrogatório no ordenamento jurídico não se relaciona apenas a ele ser meio de prova ou de defesa (na lei processual), mas essencialmente ao tratamento que é dispensado ao acusado quanto ao *nemo tenetur se detegere*: "Em última instância, o reconhecimento ou não do *nemo tenetur se detegere* revela também uma opção entre uma concepção autoritária ou liberal do processo".[150]

Resumidamente, importante mostrar a evolução do tratamento dado ao interrogatório no direito pátrio, especialmente após a Constituição de 1988 até a atualidade.

Com o desenho dado ao interrogatório pelo Código de Processo Penal da década de 40, o interrogatório era meio de prova e o silêncio do acusado poderia sim prejudica-lo, ser levado em conta para condenar. Era a validade legal para a máxima "quem cala consente". Apesar da evolução que será apresentada a seguir, ainda hoje, por força do dito popular, impregnado na sociedade, há forte resistência ao pleno vigor do direito ao silêncio do acusado. Como a mudança é relativamente recente em termos históricos, é compreensível a atitude por parte de alguns operadores do direito, porém, deve ser mudada por inteiro tal mentalidade.

Com a Constituição de 1988 trazendo na previsão dos direitos e garantias individuais o devido processo legal, a ampla defesa, presunção de inocência e o *nemo teenetur se detegere*, mais amplo que o direito ao silêncio, este passou a ser a regra, o princípio, simplesmente por estar na Constituição, derrogando o Código de Processo Penal na parte que dizia que o silêncio poderia ser usado contra o réu.

Inobstante, como a letra da lei ainda estava lá, muitos juízes ainda a utilizavam, não só nas decisões, mas também alertavam os acusados sobre o risco de ficarem em silêncio.

Somente com a mudança legislativa, em 2003, pela lei n. 10.792, de 01.12.2003, que revogou o antigo artigo 186, do Código de Processo Penal (expresso ao dizer que o silêncio do réu poderia ser interpretado em prejuízo da própria defesa) e acrescentado o parágrafo único, para deixar expresso que o silêncio não importará em confissão e nem poderá ser interpretado em prejuízo da defesa, que pode-se dizer que a mudança legislativa consolidou a previsão constitucional, imprimindo maior valor cogente (por incrível que pareça, pois bastaria a previsão constitucional) para a consolidação do direito ao silêncio no ordenamento jurídico pátrio.

---

[150] QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova conta si mesmo*: o princípio *Nemo Tenetur Se Detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.112.

Referida lei de 2003 também passou a regulamentar a participação das partes no ato, trazendo um caráter mais contraditório

Outras leis, de 2009 (videoconferência) e 2016, complementaram o procedimento, dando a ele a feição atual, de meio de defesa, dele não podendo extrair consequências negativas do silêncio do acusado e nem inferências pessoais para influenciarem na pena, contra o réu.

Hoje, portanto, a disciplina normativa do interrogatório no processo penal brasileiro é feita pelo Código de Processo Penal, com todas suas alterações que o adaptaram a um sistema acusatório, ainda que não puro, pela Constituição Federal e pelo Pacto de San José da Costa Rica.

Apesar de tudo isso, como toda mudança necessita, também e essencialmente, de uma mudança de comportamento e de mentalidade, pois ainda há, na sua prática, um ranço inquisitorial, como adverte Thums:

> Pode-se concluir que a forma como é feito o interrogatório, mesmo após a reforma do Código de Processo Penal, transparece nítido tração ou ranço inquisitorial, bastando ver o elenco de perguntas que o juiz deve formular ao interrogando. [151]

Mudar a mentalidade e o comportamento dos operadores do direito, não só entendendo, mas aplicando as normas do interrogatório e usando-o como verdadeiro meio de defesa, do acusado, sujeito de direitos, é que concretizará como verdadeira garantia do acusado o *nemo tenetur se detegere*.

---

[151] THUMS, Gilberto. *Sistemas Processuais Penais – tempo – tecnologia – dromologia – garantismo*. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 152.

3.3 O NEMO TENETUR SE DETEGERE. VEDAÇÃO A AUTO INCRIMINAÇÃO E DIREITO AO SILÊNCIO

O que determina e está por trás do comportamento do acusado no processo, ou antes de se determinar o que seria esse comportamento e o que o regraria, temos o papel do acusado no processo penal, se sujeito de direitos ou objeto de prova.

Tal questão é, na realidade, um ponto fundante do sistema e um dos pontos que distingue o sistema acusatório.

Ao lado da presunção de inocência, temos o *nemo tenetur se detegere* com dois pontos fundantes do sistema processual penal e, além disso, são duas categorias anti-epistêmicas, dois pilares que devem sustentar o processo.

Podem também ser chamados tais princípios de garantias políticas do sistema[152], pois preservam as liberdades públicas.

O direito pátrio, até a Constituição de 1988 não tinha o princípio *nemo tenetur se detegere*, que veio com ela e foi inicialmente exaltado, aumentado seu âmbito de incidência. Após, num segundo momento, já não é tanto festejado assim, passando, após, a ser temperado, equilibrado e, mesmo assim, seu âmbito de incidência, pode-se assim dizer, que é amplo.

O termo comportamento do acusado e o próprio *nemo tenetur se detegere*, no presente trabalho, sofrerá um corte e não será analisado e nem objeto dele o aspecto sobre a aplicação às provas que dependem da cooperação do acusado para sua produção.

Será, sim, analisado o comportamento do acusado no interrogatório, nas audiências, sua presença ou ausência, enfim, no processo e, se tal comportamento, legitima consequências penais deles decorrentes. A questão central é se o juiz poderá se valer e utilizar esses comportamentos do acusado para fundamentar e agravar a pena?

Temos hoje que o acusado é sujeito de direitos, e não objeto de prova, como no sistema inquisitivo. Porém, poderá sim, dependendo da situação, extrair elementos de prova do seu interrogatório, por exemplo, mesmo sendo sujeito de direitos. Mas não do seu silêncio

---

[152] GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito a prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

e nem de sua versão defensiva, como será analisado no tópico específico e com isso majorar a pena fixada.

Mais adiante se verá que esse uso do comportamento para majorar a pena, no mais das vezes, é feito com base no critério do artigo 59 do Código Penal, que é a personalidade do agente, critério vago, amplo que, por isso mesmo, dá margem a arbitrariedades, sob o manto de legalidade. Resgata, na verdade, o direito penal do autor, relegando o direito penal do fato, motivo pelo qual não deve ser aceito.

O acusado ocupa a posição de sujeito de direitos e não mais objeto da prova, como já ocorrera.

Importante a figura do acusado no processo, sua posição, natureza e participação na prova. Queijo aponta que

> [...] no modelo acusatório, como observa Grevi, o acusado não é mais a pessoa que deve contribuir e iluminar o juiz com seu conhecimento. Como consequência, a acusação não pode, como regra, utilizar-se do acusado para produzir prova em seu desfavor. Deverá buscar outras provas para demonstrar os fatos, que não necessitem da colaboração do acusado. Assim, a regra, em atendimento ao nemu tenetur se detegere, é que a prova deve ser produzida, sempre que possível, sem a cooperação do acusado. Extrai-se também do nemu tenetur se detegere que o acusado não tem o dever de colaborar na produção das provas que possam incriminá-lo. [153]

E tal comportamento não acarreta nenhuma consequência prejudicial ao acusado, sendo uma simples ausência de resposta, podendo ser até estratégia de defesa, não comportando valoração,

> Não é sinônimo de admissão de culpabilidade, de confissão ficta ou de falta de defesa; não constitui indício de culpabilidade; não poderá influenciar a dosagem da pena nem servir de fundamento para decretação ou manutenção da prisão cautelar; do exercício do direito ao silêncio não se pode extrair também a configuração do delito de desacato ou desobediência. [154]

Não pode gerar, pois, consequências penais o exercício do direito garantido constitucionalmente de se defender e de não produzir contra si prova alguma que possa

---

[153] QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova conta si mesmo*: o princípio *Nemo Tenetur Se Detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 363

[154] *Ibid.*, p. 482.

prejudica-lo, alertando para o fato de que o ônus da prova no processo penal, se assim se pode falar, é da acusação, sendo o pano de fundo deste cenário a presunção de inocência.

Nessa linha, Pacelli e Fischer apontam no sentido de que

> Nemo tenetur se detegere e direito ao silêncio: o que se têm aqui são duas questões diferentes, deduz-se dali, com efeito, um princípio e uma de suas caracterizações. Nemo tenetur detegere, que pode ser traduzido como "ninguém é obrigado a se descobrir", é um aforismo renascido (data do século XVII, no direito inglês) no pós-iluminismo, emblemático de uma era de transformação na teoria do processo e, sobretudo, no âmbito do processo judicial criminal, já no século XIX. O réu, anteriormente tratado como objeto do processo, conquista a posição de parte, sujeito, então, de direitos subjetivos, a partir da compreensão do processo como relação jurídica, com a atribuição de ônus, faculdades, direitos e deveres aos litigantes.
> O direito ao silêncio, portanto, é uma das manifestações mais importantes do princípio (Nemo tenetur), na medida em que tutela, não só a consciência moral daquele que, pelo fato de correr o risco de uma condenação, se vê compelido a mentir em seu favor, mas também, protege o acusado contra juízos de convencimentos lastreados em percepções subjetivas indignas de graus aceitáveis de certeza." [155]

Nas palavras de Grinover, Scarance e Gomes Filho, o sujeito da defesa, acusado, não é obrigado a contribuir com a prova[156].

Oportuna a lembrança de Figueiredo Dias, para quem queiramos ou não, o acusado na prática judiciária é também fonte de provas, por meio de seus gestos, falas, enfim, comportamento quando presente em audiência com o julgador.

Nesse ponto do acusado como fonte de prova, é ele, ainda, um inimigo do inquisidor que busca a verdade a qualquer custo. Ou mesmo no sistema acusatório, há certos elementos de prova que o próprio acusado pode ser explorado, como por exemplo o reconhecimento pessoal.

Nesse sentido, segundo parte da doutrina, apesar da divergência, o fato de o acusado poder ser usado como fonte de prova não parece violar o *nemo tenetur*. O respeito

---

[155] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência. 5. ed., rev. e atual. até fevereiro de 2013. São Paulo: Atlas, 2013. p. 389-390.

[156] "Diante da garantia maior do *nemu tenetur se ipsum accusare*, o acusado, sujeito da defesa, não tem a obrigação nem dever de fornecer elementos de prova. Por isso, não é razoável exigir-se a cooperação do acusado para a obtenção de quaisquer provas incriminadoras." GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. As nulidades no processo penal. 12. ed. São Paulo, Revista do Tribuanis, 2011. p. 77.

rigoroso ao procedimento probatório (que não ocorre no Brasil), por exemplo, seria uma solução.

O momento de valoração a prova deve ser eminentemente racional.

Temos, pois, que a verdade não pode ser algo obtida a qualquer custo, podendo outros valores preponderar (regras epistêmicas entrariam para regular o procedimento probatório).

Sujeito de direitos que é, ainda que no âmbito do direito ao silêncio, a afirmação, por exemplo, feita na sentença pelo julgador, de que o réu teria mentido e, por isso, é mais severamente penalizado, utilizando-se do critério personalidade, vai totalmente contra a presunção de inocência e o *nemo tenetur se detegere*.

Com efeito, em nosso ordenamento jurídico, diferente de alguns países da tradição anglo saxã, o réu além do direito ao silêncio, poderá apresentar sua versão dos fatos e, caso não seja acolhida na sentença tal versão, não pode jamais ser sancionado por isso, pois caso seja, de nada valeria tal direito, a presunção de inocência e, mais ainda, a garantia da ampla defesa.

Adiantando também o que será analisado em tópico específico, conforme observa Greco Filho[157], não há penalidade para a mentira aqui, diferente de outros ordenamentos que punem esta conduta como o falso testemunho.

Além da expectativa da punição durante o processo, quando exercer seus direitos, caso haja condenação o acusado, além da pena decorrente do crime, também será penalizado, ilegal e indevidamente, no mais das vezes, por comportamentos no curso do processo que lhe são garantidos. Sofre, ao final ou até durante o processo, consequências penais decorrentes de seu comportamento.

Intrinsicamente ligado ao princípio do *"nemo tenetur se detegere"* está o princípio da presunção de inocência, outra viga mestra do sistema processual penal.

O princípio do *nemo tenetur se detegere* é o que garante ao acusado o direito de não se auto incriminar.

---

[157] "No direito brasileiro não há sanção para a mentira dita pelo acusado, ao contrário de outras legislações que punem o perjúrio, igual ao falso testemunho, como uma forma de 'contempt of court' (desacato ao juízo)". GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 239.

É princípio constitucional de fundamental importância no processo penal, vez que decorre ou complementa a presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição Federal), fundamentando o direito ao silêncio e a vedação a auto incriminação, conferindo o ônus da prova da acusação e a garantia ao acusado, sujeito de direitos, que não é obrigado a colaborar com a prova. Segundo Greco Filho, também decorre de tal principio a regra de que não poderá haver condenação penal sem prova suficiente. [158]

É com ele que se depreende que as provas da culpabilidade devem ser feitas sem sua participação e cooperação, bem como confere a ele, acusado, dignidade no interrogatório, momento em que se manifesta a autodefesa.

Considerado direito fundamental nos Estados de Direito, está umbilicalmente ligado a outros direitos fundamentais, tais como a dignidade, intimidade, liberdade religiosa e de moral.

Sob a forma do direito ao silêncio é que o *nemo tenetur se detegere* se manifesta com maior veemência, deixando claro, portanto, que o acusado não é mais objeto da prova, mas sim sujeito de direitos.

O princípio existe apenas nos sistemas acusatórios, como adverte Queijo[159], pois nos sistemas inquisitórios o acusado era obrigado a confessar, inclusive com a utilização de quaisquer meios para tanto, deixando claro que era objeto de prova e não sujeito de direitos.

---

[158] GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. "Outro princípio constitucional de fundamental importância no processo penal é o que a doutrina denomina "direito de não se auto acusar", o "direito ao silêncio", ou, em latim, nemo tenetur se detegere, também formulado como nemo tenetur seipsum accusare[34] (art. 5º, LXIII). Entende-se o princípio como decorrência ou complemento da presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII) e tem diversos desdobramentos processuais, entre os quais o de que o ônus da prova dos elementos do crime é da acusação, o de que o silêncio não pode ser entendido como confissão ficta, o de que ninguém pode ser compelido a participar de reconstituição de fato delituoso ou de que lhe seja exigido qualquer comportamento que possa, por exemplo, levar à produção de prova negativa, como submeter--se ao exame de alcoolemia ou colheita de sangue ou outro tecido para qualquer perícia com a qual não concorde, inclusive o DNA. O princípio consta também da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, promulgado pelo Decreto n. 678/1992), incorporada ao sistema constitucional brasileiro. É do princípio do nemo tenetur, também, que decorre a exigência de que não pode haver condenação sem prova suficiente. Aliás, já se disse que prova é liberdade. Isso porque o processo de convencimento pode dar-se espontaneamente mas somente será legítimo para impor restrições de direitos de natureza penal se fundado em uma lógica compreensiva que deve ou deveria ser exposta expressamente na decisão, sob pena de aquela consubstanciar ato de arbitrariedade autoritária. São de Leonardo Greco as palavras definitivas: "É no campo das provas que o processo pode aproximar-se da realidade da vida, contribuindo para que a justiça consiga dar razão a quem tem direito e, mesmo quando não o fizer, para que a sociedade possa nela confiar, por ter feito o máximo possível para realizar esse ideal"[35]. E completamos: a dignidade da pessoa humana e sua esfera intangível não admitem que aquele contra o qual se propõe a restrição de suas liberdades possa ser, direta ou indiretamente, compelido a se auto incriminar".

[159] QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova conta si mesmo*: o princípio *Nemo Tenetur Se Detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 25.

Esclarece a autora acima citada que foi decisiva, para que o direito ao silêncio fosse reconhecido e viável, a possibilidade de constituição de advogado para a realização da defesa técnica. Antes disso o silêncio quando do interrogatório era fatal, vez que se não se defendesse, ninguém poderia falar por ele.

Dentro do contexto, sempre lembrado, de limitação ao poder estatal, referido princípio foi se firmando como uma limitação à busca da verdade no processo penal, além da dignidade humana.

Por trás do tema temos duas grandes posições ou vertentes no processo penal, quais sejam, de um lado, a garantista, que reconhece o princípio da *nemo tenetur se detegere* e sua influência direta no interrogatório e nas provas que dependem de participação e colaboração do acusado. Por seu turno, a outra posição, que defende o endurecimento da persecução penal, com a mitigação de direitos e garantias individuais. Nesse prisma, para os defensores desta posição, o direito ao silêncio é diminuído com diversas restrições. Exige-se a colaboração do acusado na produção/obtenção das provas, ou ao menos estimulada.

Como o presente princípio, apesar de ser nuclear para o objeto deste trabalho, não é o único a ser tratado, não se entrará a fundo no tema da verdade no processo e os limites dos poderes do juiz, que acabam por se misturar com o direito a não autoincriminação.

Para falarmos da mentira, comportamento do acusado que tem ensejado em alguns casos o agravamento de sua pena, com base no critério da personalidade, fechando os olhos para o direito ao silêncio e *nemo tenetur se detegere*, acabaremos discorrendo um pouco sobre o tema da verdade e dos limites do juiz.

Queijo aponta que "O mito da verdade real, no processo penal, contrapõe-se ao princípio *nemo tenetur se detegere*, que é identificado como óbice à pesquisa dessa verdade".[160]

E continua ao apontar e contrapor o interesse individual (do investigado/acusado cidadão) ao interesse público (persecução penal), que se prevalecer de forma absoluta o primeiro, inviável a persecução e, prevalecendo o segundo: "Abre-se espaço para arbitrariedades e violações de direitos".

---

[160] QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova conta si mesmo*: o princípio *Nemo Tenetur Se Detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 27.

É o que não se pretende. É o que não há previsão, diante dos direitos e garantais individuais.

A análise do princípio em questão normalmente é feita em dois momentos, quais sejam, no interrogatório e nas provas que dependem da colaboração do acusado, mas no presente trabalho se deterá apenas ao primeiro, ou seja, no interrogatório e em atos processuais, especificamente os defensivos, em que haverá participação do acusado, como por exemplo a presença em audiências, e à aplicação da pena, com sua utilização ou não na dosimetria e consequente análise, se constitucional ou não.

Está fora do âmbito do presente trabalho, portanto, o estudo do nemo tenetur se detegere relativo a participação do acusado na produção da prova que dependem e sua colaboração, restringindo-se à sua participação no interrogatório e em audiências (Comportamento no processo).

3.3.1 Histórico do princípio

Ninguém é obrigado a se descobrir. É isso que quer dizer a expressão latina *nemo tenetur se detegere*. Há outras máximas latinas que também expressam o mesmo princípio, como explica Queijo.[161]

Impossível encontrar as raízes do princípio, havendo quem sustente ser ele regra geral de direito.

Na antiguidade, o Código de Hamurabi, que não trazia previsão expressa de interrogatório, o acusado poderia ser ouvido sob juramento.

O Código de Manu não admitia o silêncio ou a mentira do acusado. Se o fizesse, já seria tido como culpado. Comparecendo ao tribunal, deveria falar a verdade e submeter-se a julgamento.

No Egito, por sua vez, empregava-se a tortura (roda e golpes de bastão), admitindo-se o interrogatório nos tribunais ordinários, em instrução complementar, além e prestar juramento.

---

[161] *Nemo tenetur edere contra se, nemo tenetur se accusare, nemo tenetur se ipsum prodere, nemo tenetur detegere tupitudinem suam* e *nemo testis contra se ipsum.*

Via de regra, o interrogatório do acusado era admitido entre os hebreus sem juramento. Excepcionalmente era admitido o juramento para provar inocência. Consideravam uma aberração da natureza humana ou demonstração de loucura, por sua vez, a confissão.

As civilizações clássicas, Grécia e Roma, não conheciam o *nemo tenetur se detegere,* sendo que na Grécia, ao interrogatório era aplicada a tortura com o fim de extrair a confissão, além da delação dos outros participantes. No direito romano, apenas na república passou se a admitir o interrogatório. No império a tortura era utilizada.

No medievo, os bárbaros, que haviam invadido Roma e seu império, utilizavam-se das ordálias, não havendo o *nemo tenetur se detegere*, por óbvio, sendo o interrogatório meio de prova, pelo próprio sistema empregado (inquisitivo).

O direito comum, utilizava os conhecimentos do acusado como prova. Essa tendência foi se fortalecendo no sistema inquisitório até tornar obrigatório que o acusado respondesse, ainda que por força, o interrogatório.

Buscavam-se as provas utilizando o acusado como meio ou com sua ajuda. Foi nesse contexto que se utilizou a tortura e ela era justificada como meio de obtenção da confissão.

A confissão era a prova máxima no processo, vez que a verdade, perseguida retirada a força do acusado, era decisiva para o processo.

No processo inquisitório do medievo, já havia uma presunção de culpa bastante forte e se utilizava da tortura para obtenção da confissão. Havia o dever de responder as perguntas por parte do acusado, quando submetido a interrogatório, que era meio de prova, não se admitindo, portanto, o direito ao silêncio.

Foi somente no período denominado iluminismo, entre as idades moderna e contemporânea, que o princípio ganhou força.

Ele aparece historicamente vinculado ao interrogatório do acusado.

Estava em curso a construção e o reconhecimento das garantias penais e processuais penais que hoje temos nas Constituições das democracias ocidentais, o princípio aparece como uma proteção ao acusado no seu interrogatório, que passava a não ser visto apenas como objeto de prova.

Foi nesse período que a tortura e o juramento exigido do acusado foram combatidos, entendendo-se que qualquer declaração que pudesse incriminá-lo seria contra a natureza, além do entendimento de que tais meios forçados seriam imorais.

Queijo explica que Beccaria dizia haver contradição entre a lei e os sentimentos naturais no juramento de dizer a verdade imposto ao acusado. Seria impossível, para o autor, o juramento de um homem contribuindo para a sua própria destruição, opondo –se veementemente contra a tortura.[162]

Esclarece a citada autora que

> [...] a construção teórica iluminista sobre o princípio *nemo tenetur se detegere* não foi pacífica nem uniforme. O próprio Beccaria sustentou que aquele que, obstinadamente, se recusasse a responder ao interrogatório deveria sofrer pena fixada nas leis, das mais graves. Contudo, segundo o referido autor, tal pena não era necessária quando não houvesse dúvida de que o acusado era o autor do delito[163]

Contraditória a posição do autor mencionado, uma vez que primeiro diz ser antinatural o dever de dizer a verdade, imposto pelo juramento e, depois, afirma que o acusado que se mantém em silêncio deve ser duramente penalizado, por ofender a Justiça.

Há legislações do período, citadas por Queijo, que seguiram a orientação de punir o acusado que ficasse em silêncio quando do interrogatório, legitimando outra forma de violência contra ele. Esse ordenamento traz inerente a ideia de que o silêncio significava desrespeito a autoridade que preside o ato.

Demorou-se para mudar tal entendimento nessas leis.[164] Chegou-se, inclusive, a ser considerado verdadeira heresia jurídica, como lembra Queijo, ao citar Bonneville de Marsangy. Explica que, após, o silêncio foi considerado um direito, mas que a negação da culpabilidade deveria ser causa de agravamento da pena.[165]

Aqui a mesma ideia da combatida no presente trabalho, ou seja, de se agravar a pena a quem nega a culpa, fato que vem ocorrendo no nosso direito posto, apesar da previsão

---

[162] QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova conta si mesmo*: o princípio *Nemo Tenetur Se Detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 32.

[163] *Ibid*., p. 33.

[164] *Ibid*. , p. 33-34. Cita a autora como exemplo de leis a Instrução de 1767, feita por Catarina II, da Rússia - aqui a punição ao silente deveria ser severa para servir de exemplo - e o Código Austríaco, de 1803 (aqui primeiro ficaria preso a pão e água e, persistindo, sofreria golpes corporais de bastão).

[165] *Ibid*., p. 34.

constitucional do *nemo tenetur se detegere*, do direito ao silêncio, da ampla defesa, enfim,de todas garantias constitucionais que vedam tal prática.

Importante também constar que o princípio que veda a auto incriminação foi reconhecido na Inglaterra bem antes que no restante da Europa, nos países continentais.

Percebe-se que, aos poucos, à medida em que foi se dando maior proteção ao indivíduo e limitando o poder estatal, referido princípio foi se firmando e o uso de coação contra o acusado no interrogatório foi sendo diminuído ou até abolido.

3.3.2 Direito anglo-americano. Desenvolvimento histórico do princípio

O direito anglo americano expressa o princípio do *nemo tenetur se detegere* por meio do *privilegie against self-incrimination*. Historicamente, porém, Queijo esclarece que os dois princípios não se coincidem: "Mas observa-se que foi por meio do mencionado privilegie que a máxima latina se perpetuou no direito anglo-americano".[166]

A diferença seria que o *nemo tenetur se deteegere* seria mais amplo, não se restringindo ao interrogatório do réu no processo criminal, impedindo que o réu fosse sua própria testemunha, como o *privilegie* previa. Além desse aspecto substancial, o temporal – período em que apareceram - também seria outra diferença.

Na Inglaterra, pode-se mencionar suas origens nas cortes eclesiásticas e nas cortes de common law. Nas primeiras identificam-se no final da idade média e Renascença, como aponta Queijo. A máxima que vedada a autoincriminação já era reconhecida, não podendo os cidadãos serem fonte de informação em sua própria persecução. [167]

---

[166] QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova conta si mesmo*: o princípio *Nemo Tenetur Se Detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 35. Referida autora cita que Helmholz, R.H et al. The privilegie against self-incrimiantion: its origens and development, cit. P. 100. "A esse respeito, o autor refere, na p. 107, que Wigmore, ao confundir a máxima nemo tenetur prodere se ipsum com o privilege against self-incrimination, identificou as origens do último no século XVII e não na metade do século XVIII e início do XIX, como o próprio Helmholz identifica. Em acréscimo, o mesmo autor destaca que o privilegie against self-incrimination é menos amplo do que a máxima nemo tenetur prodere se ipsun. Isso porque o primeiro somente impede que se venha a compelir alguém a ser testemunha contra si mesmo, no processo criminal, enquanto o princípio retromencionado poderia ser invocado mesmo quando não houvesse risco de punição no âmbito penal, mas mero risco de responsabilidade civil ou de ofensa à reputação (p. 190)."

[167] *Ibid*., p. 36: "A regra que vedava compelir alguém a auto incirminação foi expressa no mais popular manual processual medieval do ius commune (combinação dos cânones legais e romanos, que dominaram a educação jurídica europeia antes da Era Moderna. Em larga medida, determinou regras praticadas nas cortes da igreja inglesa, antes e depois da reforma do séc. XVI), o 'speculum indiciale', compilado por William Durantis, em 1296, representada pela máxima *nemo tenetur detegere turpitudinem suam*, significando que

A fonte demonstra o caráter religioso[168]. O princípio significava que era proibido a exigência que alguém respondesse perguntas específicas sobre seu próprio comportamento ou atos da esfera da sua vida privada. Vigorava o entendimento que os homens deveriam confessar apenas a Deus suas faltas e pecados, não podendo serem obrigados a confessar tais faltas e crimes a mais ninguém.

Ficava clara a distinção do foro espiritual com o externo, sendo que o *nemo tenetur* cabia no externo, não no espiritual. Referido princípio ainda não era um direito fundamental, e sim como uma proteção contra interferência do Estado na vida privada.

Explica Queijo que, inobstante a aparente origem eclesiástica do princípio, especificamente o direito da igreja foi contra à posição emergente na *common law* inglesa. E isso se deu porque a igreja determinava aos acusados o juramento *ex officio* ou o juramento de *veritate dicenda*, das cortes da Igreja inglesa.[169]

Pela análise histórica, conclui-se que apesar de o princípio canônico *nemo tenetur prodere* se ipsum ser reconhecido no *ius commune*, seu uso era limitado e submetido a varias exceções.

Com o passar do tempo, já no século XVI, aumentaram as recusas ao juramento, tornando o uso do princípio mais frequente. As pessoas passaram a se socorrer nas cortes do common law contra as cortes eclesiásticas que lhes obrigavam a prestar juramento, negando-o ou por meio de outros dois instrumentos, quais sejam, writ de proteção e o habeas corpus (eram dois instrumentos jurídicos das cortes do *common law* para interferir nos julgamentos

---

ninguém pode ser compelido a ser testemunha contra si mesmo porque ninguém está obrigado a revelar sua própria vergonha. O princípio foi acolhido pela maior parte dos comentadores medievais e repetido nos manuais de processo penal europeus dos séculos XVI e XVII.

[168] Nesse sentido, também COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 24-25: "Somente a partir da luta pela liberdade religiosa, no século XV e seguintes, desenvolveu-se a ideia de direitos individuais gerais, uma das fontes do pensamento liberal".

[169] QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova conta si mesmo*: o princípio *Nemo Tenetur Se Detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 37: "O juramento era utilizado nas ramificações da Court of High Comission, tribunal criado na monarquia dos Tudor para suprimir dissensões entre as cortes de dioceses ordinárias. Os advogados ingleses opunham-se aos juramentos prestados pelos acusados. Entre os argumentos utilizados salientava-se que o juramento conduzia ao perjúrio. Sustentava-se que a tentação de mentir submetia os acusados a um cruel dilema: cometer o perjúrio ou revelar informações contra si mesmos. A controvérsia estabelecida trouxe , incidentalmente, a questão da legalidade do juramento ex officio. Entretanto, o nemo tenetur se detegere somente tinha aplicação quando a prática do crime era desconhecida. Se oc rime cometido fosse de conhecimento público, não vigorava o princípio. Pretendia-se, com isso, evitar que os juízes pudessem investigar abstratamente a vida das pessoas. Era a vedação a prática do fishing expeditions". Para exigir o juramento ex officio era necessária, nos processos criminais, a denominada fama pública, isto é, comentários de certa repercussão de que o acusado fosse o autor do delito em apuração".

eclesiásticos). Aos poucos passaram a ser mais utilizados. Era clara a interferência do common law no direito canônico.[170]

Já sobre o princípio em questão, a respeito de sua origem nas cortes de common law, explica Queijo que

> Helmholz aponta as origens do *privilege against self-incrimiantion*, no final do século XVIII, como resultado do trabalho dos defensores. Referido autor afirma, categoricamente, que o *privilegie against self-incrimination* é criatura dos advogados de defesa.[171]

Importante destacar que no século XVI o direito fundamental dos acusados era de falar, de se defenderem falando, para poder replicar pessoalmente as acusações que recaiam contra si, pois não haviam advogados de defesa. Ficar em silêncio era, portanto, o mesmo que se auto acusar, pois se não se defendia, não havia quem o fizesse por ele. O costume era falar para se defender e não calar.

Vale bem aqui o senso comum do dito popular de quem cala consente, daí falarem na própria defesa.

Até fins do século XVIII, portanto, defender-se significava falar, responder pessoalmente à acusação, em todos seus termos, não havendo lugar para o *privilegie agains self – incrimination*.

Havia a fase do *pretrial*, em que era estruturado para o acusado ser testemunha contra si mesmo, sendo que os elementos produzidos nesta fase eram decisivos no julgamento.

Aos poucos foi aumentando a atuação dos advogados e com eles o uso do *privilegie against self-incrimination*, que tinha vários obstáculos, sendo um deles a possibilidade de comutação de pena de morte no júri, caso o acusado falasse, obtendo a

---

[170] QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova conta si mesmo*: o princípio *Nemo Tenetur Se Detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.39: "Contribuíram também para o aumento das objeções contra o juramento ex officio a extinção do inquérito preliminar parra estabelecer a 'fama pública' e a maior frequência de advogados, no século XVI, nas persecuções nas cortes eclesiásticas. As cortes de common law negavam aos acusados, na quase generalidade dos casos, fazerem-se representar por advogado. A esse respeito, Maunsell&Ladd, em 1607, é considerado o leding case em relação à vedação à autoincriminação não propriamente pelos resultados alcançados, já que foram confirmados por três votos a dois, os poderes de prender e interrogar da Court of High Commission, mas pela argumentação empregada pelos advogados que alegaram a ilegalidade das questões autoincriminatórias formuladas. Sustentaram os advogados que as perguntas autoincriminatórias violavam o direito natural, a Magna Charta e os estatutos ingleses".

[171] *Ibid*., p.39.

simpatia do júri. Até o século XVII as defesas com advogados não expressavam número significante. E era comum os juízes restringirem a atuação dos advogados como forma de pressionarem os acusados a falarem.

Apenas em fins do século XVIII e início do XIX o processo criminal experimenta significativas transformações, como por exemplo a admissão de os acusados constituírem advogados, a adoção do *standart* da dúvida razoável da prova (prova insuficiente para condenar), presunção de inocência e regras de exclusão de provas.

Tudo isso contribuiu para o direito ao silêncio, sendo decisiva, segundo Queijo, a adoção da defesa técnica, a partir de 1730, separando as funções de defesa e de testemunha, antes centralizadas no acusado. [172]

Nos Estados Unidos, como na Inglaterra, no século XVII vigorou um processo criminal que não aceitava o *privilegie against self-incrimination*. Nessa época já se vedava o uso da tortura. Em 1735, na Virgínia, e em 1686, em Nova Iorque foi permitido que advogados atuassem. O sistema dependia, via de regra, da autoincriminação ocorrida no pretrial. Os americanos reconheciam várias restrições aos testemunhos, valendo isso também para o acusado. Usava-se o *nemo tenetur se detegere* especialmente contra coação física, sem essa noção atual de direito a não autoincriminação. Havia a suspeita branda e a grave. Na grave o juiz deveria pressionar o acusado para responder, na branda, não.

O *privilegie against self-incrimiantion* era reconhecido como parte das garantias, mas não como um direito autônomo, sendo que o direito de se representar por advogado não veio ao mesmo tempo, sendo bem mais recente.

Distinta, pois, a origem do princípio na América e na Inglaterra.

O contexto histórico era de suma importância para entender o princípio, vez que em 1760 houve a polêmica constitucional nos Estados Unidos, o que interferiu na mudança de rumos do processo criminal. Predominava um tipo de procedimento sumário até então (*accused speaks*), com número de atores reduzido e simplificado.

A polêmica constitucional consistia no reconhecimento de todos os direitos aos colonos, que até então eram dos ingleses. Exaltou-se, com isso, a função do júri, pois o

---

[172] QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova conta si mesmo*: o princípio *Nemo Tenetur Se Detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 42.

principal de tais direitos era a liberdade. As Constituições dos Estados que não possuíam declarações de direitos, reconheciam o júri.

A Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, modelo para as demais Constituições, trazia expresso o princípio que vedava a autoincriminação.[173] Alguns outros Estados, todavia, não seguiram a declaração de Virgínia e não traziam *o nemo tenetur se detegere*.

Apesar da previsão Constitucional, na prática as alterações foram lentas, sendo que, também nos Estados Unidos, a renovação do processo criminal se deu pela atuação dos advogados.

O desenvolvimento do princípio, em suma, na Inglaterra foi diretamente relacionado ao desenvolvimento do *witness privilegie*, por analogia. Parte não poderia ser sua testemunha por ter, obviamente, interesse, sendo tal regra trazida do processo civil. Não poderia ser ouvida em juramento e, consequentemente, não poderia produzir prova contra si própria. Neste último aspecto a regra era semelhante ao *privilegie against self-incrimination*. Posteriormente, aos poucos, foi sendo associada ao *nemo tenetur se detegere*.

Havia, ainda, a *confession rule*, regra de exclusão estabelecida no início do século XIX. Não se admitiam confissões extorquidas por compulsão, podendo ser invocada a regra no interrogatório, a qualquer tempo. Entendia-se que no pretrial, o juramento já seria uma compulsão, contaminando a prova.

O *privilegie agaisnt self-incrimiantion*, segundo Maria Elizabeth Queijo,

> [...] firmou-se em outra regra, o witness privilegie, que permitia mais do que o silêncio, ou seja, à testemunha, que não era parte, era permitido recusar-se a depor sobre qualquer questão que pudesse incriminá-la ou expô-la à futura persecução. [...] Não havia testemunho parcial. Se a testemunha respondesse a algumas perguntas, entendia-se que havia renunciado ao privilegie e deveria responder às demais.[174]

---

[173] QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova conta si mesmo*: o princípio *Nemo Tenetur Se Detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 44. Explica a autora, com base em Helmholz, R. H. et al que "Tal texto refere-se expressamente o princípio do devido processo legal e garantias dele decorrentes. Nas causas criminais preconizou o direito do acusado confrontar-se com o acusador e testemunhas; de produzir provas a seu favor; de ser julgado por júri imparcial, composto por doze pessoas; e de não ser compelido a não produzir prova contra si mesmo".

[174] *Ibid*., p. 47.

Era associada ao *nemo tenetur*, mas era direito de terceiro, não do acusado, sendo que apenas em 1847, com Garbett case, que se resolveu o problema dos limites entre a *confession rule e witness privilegie*, estendendo-se às testemunhas as regras de exclusão.

Para se completar, o *privilegie against self-incrimination*, era necessário que fosse extensivo a todas testemunhas, com características da confession rule, inclusive na fase do pretrial. Esclarece mais uma vez Queijo, que o witness privilegie "adquiriu essa larga feição no Garbett case, que equivale ao completo privilegie against self-incrimiantion".

Aos poucos foi sendo aplicado em maior escala até ser acolhido por inteiro e codificado em 1898. Finaliza a autora citada, com base em Helmholz, "O efetivo direito ao silêncio dos acusados, em julgamentos criminais, é o coração do moderno *privilegie against self-incrimination* e seu desenvolvimento data de 1840". [175]

Nos Estados Unidos, referido princípio veio com a repercussão do Garbett case. Trataram lá da mesma forma a violação do *witness privilegie* que a violação do *confession rule* (afirmações de testemunhas sob compulsão não poderiam ser acolhidas, assim como as confissões que não fossem livres e voluntárias). O *leading* case sobre a regra de exclusão no direito americano foi Horstman v. Kaufman, na Pensilvânia, em 1881, tendo a Corte citado o caso Garbett, neste processo.

Após, a Suprema Corte americana, já no século XX, consagrou o sentido do princípio *privilegie against self –incrimination* em outros casos, acolhendo o princípio, sendo o mais famoso deles o caso Miranda v. Arizona, figurando na V Emenda Constitucional que *"No person shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself"*.[176]

Costa Andrade esclarece que a Constituição dos Estados Unidos da América era omissa quanto ao princípio, originariamente, vindo a consagra-lo por meio de uma interpretação positiva e irrestrita do princípio *privilegie against self-incrimination*, expressamente na V Emenda Constitucional. Princípio que foi complementado, posteriormente, como famoso caso Arizona v. Miranda, de 1966, com a exigência de esclarecimentos e advertências sobre os direitos dos arguidos.[177]

---

[175] QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova conta si mesmo*: o princípio *Nemo Tenetur Se Detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.p. 49.

[176] *Ibid*. p. 49

[177] ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 123-124: "Já referenciável nas representações subjacentes à Magna Charta, o princípio nemo tenetur viria a triunfar definitivamente no direito inglês a partir de 1679. No seu texto original a Constituição

Ao longo do tempo o significado do princípio vem sofrendo alterações.

Contemporaneamente, o princípio é previsto em legislações de vários países, bem como em vários tratados internacionais, dentre os quais o Pacto de San José da Costa Rica. Possui caráter de garantia no processo penal moderno, protegendo a liberdade moral do cidadão para decidir se contribuirá ou não com os órgãos de persecução penal (polícia e Judiciário).

Há, como adverte Queijo, forte tendência a mitigação de suas garantias nos ordenamentos, sob o argumento de prevalecer o interesse do Estado e da sociedade na persecução penal.

Volta-se ao pêndulo mencionado por Greco Filho, conforme discorrido no capítulo 1.

3.3.3 O princípio na ordem constitucional brasileira. Sua extensão

O *nemo tenetur se detegere* tem sido considerado direito fundamental do cidadão, mais especificamente, do acusado.[178]

É o direito a não autoincriminação, não só restrito ao direito ao silêncio, mas a qualquer ato que possa ser usado contra o acusado.

É direito fundamental porque protege o indivíduo contra excessos e abusos por parte do Estado. Protege a liberdade, a dignidade do cidadão conta a atuação do Estado, contra a ingerência estatal na dignidade humana.

Direito fundamental que é, está inserido no que a doutrina constitucional chama de direitos fundamentais de primeira geração, que protege o cidadão contra o Estado. Inclui-se nessa proteção contra ingerências do Estado, excessos na persecução penal, resguardando

---

dos Estados Unidos da América era omissa quanto ao problema. A V Emenda (1791) viria, porém, a dar expressão positiva a um irrestrito e consistente privilegie agains self-incrimination. A partir de então a Constituição americana passa a proclamar expressamente: 'No person [...] shal be compelled in any criminal case to be witness against himself'. Princípio que seria complementado - a partir da marcante decisão sobre o caso Miranda v. State of Arizona (1966) – com deveres oarticularmente exigentes de esclarecimentos sobre os correspondentes direitos dos arguidos".

[178] QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova conta si mesmo*: o princípio *Nemo Tenetur Se Detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.77. A autora cita vários doutrinadores, dentre eles Vassali, Grevi, Zuccala, eesclarece que o direito ao silêncio é apenas uma das decorrências do nemo tenetur se detegere, sendo impróprio trata-lo como tal, pois seria uma concepção bastante restritiva do princípio.

contra violências físicas e morais empregadas para obrigar o indivíduo a cooperar com a investigação e apuração dos crimes. Protege também o indivíduo contra métodos proibidos de interrogatório, sugestões, dissimulações etc. Está, assim, dentre as chamadas liberdades negativas, contenção ao poder do Estado que é.

Além de liberdade publica, que é, direito fundamental de primeira geração, o *nemo tenetur* também possui relevado interesse público em sua tutela, pois como já referido, trata-se de um dos princípios basilares, vigas mestras do sistema processual penal.

Com efeito, o interesse público vem à tona porque tal princípio se insere no direito à defesa e na cláusula do devido processo legal. Consequentemente, repercute na própria legitimidade da jurisdição. Não é, portanto, o direito apenas daquele indivíduo que está sofrendo o processo, ou investigado, mas do interesse público na jurisdição, em seu exercício correto e adequado.

É também, além de direito, uma garantia constitucional da liberdade, da liberdade de autodeterminação do cidadão acusado. Afinal, a regra é a liberdade e exceção a sua restrição.

Pode – se, num primeiro momento, entender que o *nemo tenetur se detegere* não está expressamente previsto na Constituição Federal, decorrendo, porém, da interpretação da presunção de inocência (artigo 5.º LVII), da ampla e plena defesa (artigo 5.º XXXVIII alínea a e LV), e do direito ao silêncio (artigo 5.º LXIII), todos da Constituição Federal.

Há, todavia, o artigo 5.º, § 2.º da Constituição Federal, pelo qual o princípio da não autoincriminação, tem guarida constitucional, nesse sentido, veja o disposto no artigo 8.º 2., alínea g do Decreto n.º 678 de 1992, que determina *in verbis*:

> Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
> g) **direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada** [...].

A Convenção Americana de Direitos Humanos (ou Pacto de San José da Costa Rica) garante expressamente o direito do réu de não ver-se obrigado a declarar-se culpado. Garantia que é, não pode ser restringida, jamais podendo o acusado ser obrigado a dizer a verdade em seu interrogatório, caso não pretenda exercer o direito ao silêncio, sob pena de responder por um delito "perjúrio" ou ter a pena majorada em virtude do exercício de um direito.

Há quem sustente ser um critério de direito natural, não restando dúvidas que se trata de direito fundamental, assegurado pela Constituição, em favor de qualquer indiciado ou imputado (artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal.

O STF já deixou claro que o termo preso, referido pela Constituição, deve ser lido como qualquer indivíduo em qualquer procedimento, investigatório, ou em juízo penal.

Vale até para testemunha que, dependendo do caso, poderá estar na posição de investigada ou suspeita, podendo se incriminar com seu depoimento. Com efeito, diferente no direito americano, o STF, no HC n.º 71.261-4/RJ entendeu que mesmo a testemunha pode faltar com a verdade para não se auto incriminar.

Direito fundamental e princípio que é, eventuais restrições a ele, excepcionais, frise-se, somente poderão haver por meio de lei, e desde que obedeça à proporcionalidade, adequação e razoabilidade, sempre respeitando o seu conteúdo.

Em relação a outros sistemas, o brasileiro é um dos que mais ampliou o âmbito do *nemo tenetur se detegere*.

Como já mencionado, o presente estudo não abordará o aspecto da colheita de prova, como por exemplo, colheita de material grafotécnico.

Uma questão surge: qual o âmbito de proteção do princípio? Qual sua extensão?

Quais consequências negativas serão extraídas?

Se dentro do âmbito de proteção, não poderá ser extraída consequência alguma. Mas se não está no âmbito de proteção, o que será?

O princípio abarca o direito de não se auto incriminar e também não extrair consequências negativas da não autoincriminação.

Uma condenação automática por não contribuir ainda soa chocante.

Conclui-se, portanto, que o nemo tenetur faz parte do processo penal como princípio estruturante.

No seu âmbito de incidência, não é possível extrair consequências negativas.

Decorre dele o direito ao silêncio.

Inobstante tais conclusões, o nemo tenetur é um tema secular do processo penal, com vários aspectos não resolvidos ainda, especialmente em relação à sua extensão e

consequências, mais diretamente ligadas ao procedimento de participação da prova (critério ativo-passivo, como por exemplo coleta de sangue, de material gráfico etc.)

Por fim, o STF em voto do Min. Celso Mello esclareceu a extensão do princípio, ao mencionar que ele extrapola o silêncio, sendo garantia do acusado que pode calar ou ainda apresentar sua versão sobre os fatos e, ainda que inverídica (mentirosa) sua versão, não pode ser punido por isso.

Assim o voto:

> O privilégio contra a auto-incriminação traduz direito público subjetivo, da estrutura constitucional, deferido e expressamente assegurado, em favor de qualquer indiciado ou imputado, pelo art. 5º, inciso LXIII, da nossa carta Política. Com o seu mais expresso reconhecimento, constitucionalizou-se uma das mais expressivas consequências derivadas da cláusula do 'due process of law'. Qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o 'direito de permanecer calado'. Esse direito – que se reveste em valor absoluto – é plenamente oponível ao Estado e aos seus agentes. Atua como poderoso fator de limitação das próprias atividades penais – persecutórias desenvolvidas pelo Poder Público (Polícia Judiciaria, Ministério Público, Juízes e Tribunais). A cláusula constitucional referida consagrou, nesse contexto, o velho postulado – já acolhido na Quinta Emenda do 'BILL OF RIGHTS' norte – americano (1791) – segundo o qual ' nemo tenetur se detegere'. Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal. 'the right to remain silent' – consoante proclamou a Suprema Corte dos Estados Unidos da América em Miranda v. Arizona (384 U.S. 436) – 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 negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a pratica de ilícito penal.
> Sendo assim, tal circunstância não pode ser considerada por qualquer Juízo ou Tribunal – até mesmo por essa Suprema Corte – no processo de fixação da pena – base.[179]

Interessante as observações de Bottino ao analisar os votos dos ministros no julgado do STF transcrito e seus argumentos que impedem a violação dos direitos, que pelo devido processo legal e inviolabilidade de defesa, quer pelo nemo tenetur se detegere.[180]

---

[179] Extraído da obra de BOTTINO, Thiago. *O direito ao silêncio na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 120.

[180] BOTTINO, Thiago. *O direito ao silêncio na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 121-122. Assim, o Ministro Celso de Mello expande a garantia do silêncio para abarcar também a falsa negativa e a protege de valorações negativas, envolvendo – a com o manto da inviolabilidade da defesa: "Se o direito de mentir está compreendido no devido processo legal, não se pode prejudicar o réu que haja optado por seguir, justamente, o procedimento estabelecido em lei como o correto. Segue daí que a majoração da pena em razão da mentira do réu violaria o devido processo legal, não o oposto. A segunda tese interpreta o

Vê-se que o STF deu uma ampla interpretação ao princípio, abrangendo, inclusive, não só a proibição de ser penalizado o exercício do direito ao silêncio, como também o de trazer sua versão aos autos, ainda que inverídicas, além de se proibir que se extraia consequências negativas de tais comportamentos.

3.4 DIREITO DE PRESENÇA

A presença do acusado nos atos processuais é direito seu, entendido como direito de presença, de acompanhar os atos processuais e a produção da prova.

Uma das expressões ou facetas, portanto, do direito de defesa é o direito de presença.[181]

O acusado, sujeito de direitos que é, possui, abarcado pela ampla defesa, o direito de se fazer (ou não, como se verá) presente nos atos processuais.

É seu direito, pois, estar presente na audiência de instrução, ainda que não ocorra seu interrogatório, acompanhar os depoimentos das testemunhas, a produção da prova, no seu interrogatório, bem como em audiências realizadas por meio de cartas precatórias ou rogatórias. Para tanto, deve ser intimado do ato com certa antecedência para poder comparecer.

Além de estar presente, poderá participar ativamente, conversando com seu defensor e o instruindo para que realize perguntas e intervenções pertinentes na colheita da prova.

---

direito constitucional brasileiro a partir da norma similar mencionada na tradição latina (nemo tenetur se detegere) que o Ministro considera ser igual à norma constante da constituição dos Estados Unidos da América. Ocorre que, como visto anteriormente , a suprema Corte daquele país construiu para o texto constante da 5ª emenda a Constituição um significado mais restrito do que aquele retratado pelo Ministro Celso de Mello em seu voto: "Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal. The right to remain silente – consoante proclamou a suprema Corte dos Estados Unidos da América em MIRANDA v. ARIZONA (384 U.S.436) – 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 negar,ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judicial, a prática do ilícito penal".

[181] SCARANCE Fernandes, Antonio. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 264: "A segunda garantia da autodefesa é o direito de presença, por meio do qual se assegura ao acusado a oportunidade de, ao lado do seu defensor, acompanhar os atos de instrução, auxiliando-o na realização da defesa".

Por outro lado, mesmo presente, caso não seja conveniente, poderá exercer o direito ao silêncio e, de forma mais ampla, não se incriminar, exercendo o *nemo tenetur se detegere*.

E exercendo o direito de defesa, na sua faceta de direito de presença, de participação, jamais poderá apenas por isso, ser incriminado ou ter sua pena agravada por conta de qualquer característica sua pessoal que nada tem que ver como fato objeto do processo.

Há casos, raros é verdade, mas que o julgador por não ter se simpatizado com o acusado, expressamente consignou na sentença que o autor era arrogante, assim se portando na audiência e, por conta disso, com base na personalidade (artigo 59, do Código Penal), majorou sua pena base aplicada.

Desde que divorciado do fato praticado, o exercício do direito de presença e participação na colheita da prova, fazendo perguntas por meio de defensor, ou apenas a sua postura durante o ato, jamais poderá servir de base para aplicar a pena e majorá-la.

Ocorrendo, a ilegalidade é patente, ferindo a legalidade estrita, retornando ao um direito penal do autor, inadmissível no atual estágio do direito penal brasileiro.

O caso concreto será comentado no capítulo próprio, mas é um exemplo que ilustra bem as distorções que ocorrem na prática judiciária com o exercício de defesa, comportamento do acusado e aplicação da pena.

O revés do direito de presença, pouco analisado, é o direito de ausência, que será visto a seguir.

3.5 DIREITO DE AUSÊNCIA

Faz parte da autodefesa o direito de presença do acusado nos atos processuais.

E o direito de ausência? Possui o acusado tal direito? Ele faz parte da autodefesa?

Entendemos que sim.

O ordenamento jurídico pátrio, o Estado democrático e de direito, os direitos e garantias individuais, as normas constitucionais e processuais, hoje, autorizam uma resposta afirmativa.

Comportamento do acusado no processo, o direito de presença, por ser um exercício positivo, é mais comumente tratado. O direito de ausência, provavelmente por ser uma prática negativa, não é tão analisado. Porém, consequências diretas e danosas pode o acusado sofrer desde que mal interpretado e aplicado esse direito.

A presunção de inocência e o direito ao silêncio garantem ao acusado o direito de ausência.

Estar presente no processo é um direito do acusado,

É o acusado sujeito de direitos e não objeto de prova, não estando, portanto, obrigado a submeter-se a qualquer ato probatório, vez que amparado pelo *nemo tenetur se detegere*, sua presença física é uma opção dele e da defesa, e não um dever.[182]

O acusado, desde que representado por seu advogado – defesa técnica – não é obrigado a comparecer na audiência. Tem ele a faculdade de não estar presente, desde que sua defesa – esta sim, indispensável – esteja.

Ainda assim, alguns juízes ainda insistem em decretar a revelia em casos de não comparecimento do acusado no ato processual, mesmo estando a defesa presente, o que caracteriza clara violação ao direito de ausência do acusado, garantido quer pela Constituição, quer pelo Código de Processo Penal.

Corrobora o entendimento exposto o artigo 367 do Código de Processo Penal, que deve ser interpretado em conjunto, sistematicamente com os artigos 261 e 396, parágrafo único, também do mesmo Código de Processo Penal.

Tais normas deixam claro e reforçam o entendimento de que a presença da defesa técnica no ato supre a ausência do réu e não gera a decretação da revelia.[183]

---

[182] LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 767: "Há que se abandonar o ranço inquisitório, em que o juiz (inquisidor) dispunha do corpo do herege, para dele extrair a verdade real ...O acusado tem o direito de silêncio e de não se submeter a qualquer ato probatório, logo, está logicamente autorizado a não comparecer".

[183] Código de Processo Penal: "Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor." "Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada. Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008). Parágrafo único. No caso de citação por edital, o prazo para a defesa começará a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído. **(Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).**"

Como se não bastasse, há ainda a norma que faculta ao réu não comparecer no Plenário do Júri quando de seu julgamento (art. 457, CPP)[184].

Por uma simples interpretação sistemática, temos que a mera ausência do acusado no ato processual não é suficiente à decretação da revelia, uma vez presente a defesa.

Nesse sentido Nucci pondera que

> Enfim, o que ocorre na esfera penal é a simples ausência do processo, consequência natural do direito de audiência. O réu pode acompanhar a instrução pessoalmente, mas não é obrigado a tal. Estando presente seu defensor, o que é absolutamente indispensável, ainda que ad hoc, não pode ser considerado revel (aquele que não comparece nem se faz representar).[185]

Caso o acusado não compareça em audiência, mas se faça representar por advogado, não há que se falar em revelia, havendo, sim, direito de ausência do acusado e, por tal exercício, não pode ser penalizado.

Ainda que se entenda que o interrogatório será realizado na audiência, devendo ser dever do acusado comparecer nela, não nos parece ser o caso.

Primeiro que o interrogatório hoje é desenhado como meio de defesa e não mais meio de prova.

Além disso, o acusado pode exercer seu direito ao silêncio, ou seja, se comparecer, poderá ficar em silêncio, decorrendo dai, portanto, que não está obrigado a comparecer. Ora, se pode comparecer e permanecer em silêncio, pode não comparecer também, sem que seja penalizado por isso.

Trata-se de faculdade e não de obrigação.

Estando presente poderá, sim, exercer a autodefesa, mas não estando, a defesa técnica representa o acusado, que abriu mão do direito de presença, exercendo o direito de ausência, motivo pelo qual não pode ser penalizado.

---

[184] Código de Processo Penal, Artigo 457: "O julgamento não será adiado pelo não comparecimento do acusado solto, do assistente ou do advogado do querelante, que tiver sido regularmente intimado".

[185] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 3.ed. 2012. p. 609.

Estritamente ligado ao tema do direito de ausência, temos a revelia, que atualmente é vista como um instituto em desuso e sem maiores efeitos, pois para os que ainda acreditam que ela sobrevive, lhe restam apenas a consequência de não ser o acusado intimado pessoalmente para os atos posteriormente a sua decretação designados, porém, a defesa deverá, sempre, ser intimada.

E nem se diga que a expressa previsão de prisão preventiva é uma consequência direta da decretação da revelia, porque não é. Ela somente poderá ser decretada caso estejam presentes seus requisitos legais (cautelaridade), não bastando, portanto, a revelia, entendida apenas como a ausência do acusado, sem efeito prático algum.

Decisões que desrespeitam tal direito e decretam a revelia, apenas acabam por banaliza-la, como ressalva Nucci, vez que ela não gera mais efeito algum no processo penal: "É preciso, pois, terminar com o hábito judicial de se decretar a revelia do réu ausente à instrução, como se fosse um ato constitutivo de algo".[186]

E complementa:

> Em suma, dentre outros direitos que se poderia enumerar para ratificar os anteriores (ampla defesa, contraditório, devido processo legal, direito ao silencia e não produzir prova contra si mesmo), o réu, no processo penal ocupa posição diferenciada do que ocorre no processo civil. Se neste, ainda se fala em revelia e seus efeitos, naquele, o termo é escuso, devendo ser evitado [...] Consequentemente, o réu está sempre participando, ainda que por seu defensor, dos atos processuais. Ausenta-se fisicamente, se quiser, mas não o faz tecnicamente.[187]

Lopes Júnior, ao analisar o tema, adverte e corrobora nosso entendimento que a presença do réu no processo é um direito dele e não um dever, sendo, assim, errada a decretação da revelia, como se esta criasse algum estado jurídico-processual novo ou acarretasse algum efeito prejudicial ao acusado.[188]

---

[186] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 3.ed. 2012. p. 609.

[187] *Ibid*. p. 668.

[188] LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 766: "Mas, deve-se compreender, a presença do réu no processo é um direito que lhe assiste e não um dever processual (não é, portanto, carga, senão assunção de risco). Não está o juiz legitimado a praticar qualquer tipo de reprovação, sendo completamente errada a decisão de 'decretar a revelia' do réu ausente à instrução, como se isso fosse constitutivo de um novo estado jurídico-processual ou tivesse algum efeito prejudicial ao acusado".

Adverte, porém, para não se confundir quando o réu cumpre, por exemplo, algumas condições impostas em sede de liberdade provisória, pois é comum estar entre tais condições o dever de comparecer em todos os atos do processo, ou qualquer outra medida cautelar do artigo 319, do Código de processo Penal. Em casos que tais o não comparecimento poderá acarretar consequências graves ao réu, vez que aqui sim ele tem o dever de estar presente no ato, sob pena de revogação da medida imposta, e não direito de ausência. [189]

Lopes Júnior cita, inclusive, Nucci, com a mesma posição, ao entender que é direito do réu e não obrigação de estar presente, mas, após, adverte sobre um equívoco

Assim, Aury explica a contradição de Nucci:

> Equivoca-se o autor, neste último trecho, ao negar ao réu o direito de ausência em caso de reconhecimento ou qualificação (?). Com essa afirmação, despreza o autor a eficácia do nemo tenetur se detegere e o direito fundamental que o imputado tem de não fazer prova contra si mesmo. É assegurado ao réu o direito ao silêncio, englobando nisso o direito de não participar de reconhecimentos, acareações ou qualquer ato probatório que lhe possa ser prejudicial.[190]

Realmente, se vigora o *nemo tenetur se detegere*, não se pode extrair consequências negativas do direito de ausência do acusado, inclusive e especialmente em atos de instrução que dependem da presença dele, como os mencionados, vez que é ele, acusado, sujeito de direitos e não objeto de prova, conforme defendido.[191]

Ainda quanto à revelia no processo penal e o direito de ausência do acusado no processo, comportamento que não pode interferir na aplicação da pena, temos os ensinamentos de ***Vicente Greco Filho***, utilizando-se do estudo de ***Roberto Delmanto Junior***, que entende que

> O instituto da contumácia ou revelia não se coaduna com o atual ordenamento brasileiro, pois ela tem caráter sancionatório e pejorativo (desdém, menosprezo), que é incompatível com a garantia do direito ao

---

[189] LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 766

[190] *Ibid*., p. 766, nota de rodapé n. 45.

[191] *Ibid.,* p.767: "Ora, mais do que nunca é preciso compreender que o estar presente no processo é um direito do acusado; nunca um dever. Considerando que o imputado não é objeto do processo, e que não está obrigado a submeter-se a qualquer tipo de ato probatório (pois protegido pelo nemo tenetur se detegere), sua presença física ou não é uma opção dele. Há que se abandonar o ranço inquisitório, em que o juiz (inquisidor), dispunha do corpo do herege, para dele extrair a verdade real...o acusado tem o direito de silêncio e de não se submeter a qualquer ato probatório, logo, está autorizado a não comparecer. Infelizmente, esse é um nível de evolução democrática e processual ainda não alcançado por muitos juízes e tribunais, que ainda operam na lógica inquisitória, determinando a condução do imputado que não comparece".

> silêncio (art. 5º, LXIII, da CF). Frisa ele que o réu tem o ônus (e não o dever) de comparecer, e, ainda, com a concepção de que a sua presença em juízo é, antes de tudo, um direito seu (direito de presença, faceta do direito à autodefesa, ao lado do direito de audiência).[192]

Finaliza Greco Filho citando a obra de Delmanto [193] :

> Acrescenta, ainda, o argumento de que no processo penal o contraditório é real e indisponível, estando o acusado, sempre, representado por defensor (constituído ou nomeado), que postula em seu nome, sendo impossível falar – se, tecnicamente, em revelia ou contumácia. [194]

Por isso, há sim o direito de ausência do acusado, como a outra face do direito de presença, não havendo, pois, revelia em casos que tais.

Queijo, por seu turno, ao discorrer sobre o direito de ausência, aponta:

> "Predomina, nos ordenamentos jurídicos, em que pese o reconhecimento do direito ao silêncio do acusado, o entendimento de que este tem o dever de comparecer ao interrogatório, podendo ser determinado para tal fim, a condução coercitiva".[195]
>
> E dá exemplos de alguns ordenamentos jurídicos.

Ao tratar do tema no ordenamento nacional, referida autora mostra que segue a mesma tendência, indicando o artigo 260, do Código de processo Penal, a seguir analisado no próximo tópico. Cita a autora doutrina tradicional que admite a condução coercitiva.

Quanto a inexistência do dever de comparecimento, todavia, mostra que com o acolhimento expresso do *nemo tenetur se detegere* e do direito ao silêncio,

> Na doutrina nacional, Antonio Scarance Fernandes passou a salientar a renunciabilidade do interrogatório e o próprio direito ao silêncio, observando que não pode o indiciado ou réu ser conduzido à presença da autoridade policial ou do juiz para realização desse ato.[196]

---

[192] GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. rev. atual. e ampl. com a colaboração de João Daniel Rassi. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 280.

[193] Inatividade no Processo Penal.

[194] *Ibid*. p. 280/281.

[195] QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova conta si mesmo*: o princípio *Nemo Tenetur Se Detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 281.

[196] QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova conta si mesmo*: o princípio *Nemo Tenetur Se Detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 283. Continua mostrando que: "Tal orientação foi acolhia pela Lei nº 11.689/08 que alterou o procedimento do júri, tornando facultative a presença do acusado em plenário: "Em Liberdade, poderá ele exercer a faculdade de não comparecimento , apontado como corolário lógico do direito ao silêncio preso, poderá requerer a dispensa de seu comparecimento à sessão de julgamento".

Atualmente no procedimento do júri referida orientação é expressa, tanto para o réu solto como para o preso.

A autora, por fim, entende que seria obrigatória a presença do acusado no interrogatório somente por conta da identificação do acusado, que por força de lei é feita no mesmo ato que o interrogatório de mérito. Cita em rodapé decisão do STF nesse sentido em que foi decidido pelo direito de ausência, mas em relação à investigação realizada pelo Ministério Público (HC 94.173/BA, 2ª T. Rel. Celso de Mello, j. 27.10.2009, DJE 223, publicado em 27.11.2009).[197]

Com todo respeito à balizada opinião da autora, há atualmente outros meios e procedimentos para se identificar o acusado (notadamente com a evolução tecnológica já experimentada), inclusive bem antes do interrogatório, que é o último ato do processo, não havendo motivo, portanto, para se sustentar a obrigatoriedade da presença do acusado que queira exercer o direito de ausência em seu interrogatório. Mesmo porque é também um dever do Estado identifica-lo, repita-se, bem antes do seu interrogatório, e deveria se utilizar de outros meios para a identificação física do acusado, em outro momento processual, sob pena de a regra atual da identificação ir contra um princípio maior positivado, causando tais discrepâncias no sistema.

3.5.1 Condução coercitiva, direito de ausência e repercussão na pena

O princípio que veda a autoincriminação, *Nemo tenetur se detegere*, está consagrado no ordenamento jurídico pátrio de forma ampla, aliado ao direito de ausência, faz questionar casos de condução coercitiva do acusado ou investigado, figura processual prevista no vetusto Código de Processo Penal que, apesar de reformas pontuais, ainda tem muitos dispositivos contrários ao sistema acusatório.

É o caso do artigo 260, que dá ao juiz a faculdade de produzir a prova, norma nitidamente inquisitória, não recepcionada pela Constituição de 1988 e que, segundo Bottino[198], dificulta mudar a mentalidade dos juízes brasileiros, que ainda possuem uma

---

[197] QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova conta si mesmo*: o princípio *Nemo Tenetur Se Detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 282.

[198] BOTTINO, Thiago. A Inconstitucionalidade da Condução coercitiva. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 285, ago. 2016.

cultura inquisitiva.

O tema aqui analisado é um dos casos que dificulta essa mudança, segundo o autor.

Um exemplo é o art. 260 do CPP, assim redigido: "Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença".

A previsão legal da condução coercitiva no CPP, no entanto, não é compatível com a Constituição Federal, com dispositivos mais recentes do próprio CPP, e nem com o modelo acusatório de processo penal.

A Constituição de 1988 assegura ao acusado (e também ao indiciado, investigado) o direito de não se auto incriminar.

Se não é permitido exigir dele a colaboração com a acusação, não tendo o dever de ajuda-la, não se pode exigir dele que responda as perguntas feitas. E se não lhe é exigido que responda as perguntas, não é necessário que compareça ao ato.

O *nemo tenetur se detegere* é uma opção política do legislador constituinte e reflete uma escolha de um modelo de sistema de processo penal. Neste, a natureza do interrogatório – meio de defesa ou meio de prova – é que determinará se o sistema será autoritário ou democrático, como explica Bottino.

Remetemos -nos aqui aos sistemas processuais, que podem ser resumidos em duas grandes linhas, quais sejam, acusatório e inquisitivo ou autoritário. No primeiro o acusado é tratado como meio de prova, meio, portanto, pelo qual se alcança a verdade. E em nome dela e de sua busca, os fins justificam os meios, sendo que se permite, inclusive, a tortura e o uso de meios ilícitos para alcança-la.

Bottino exemplifica:

> Esse modelo processual penal encontra defensores até hoje, cujos argumentos a favor da brutalização da autonomia individual em nome do "combate ao crime" vêm travestidos sob a roupagem do ideal de segurança como valor fundamental, a supremacia do bem comum sobre os direitos individuais e aos apelos a regras de exceção. É nesse contexto que os direitos e garantias fundamentais são apresentados como causas impeditivas ao funcionamento eficiente do sistema.[199]

---

[199] BOTTINO, Thiago. A Inconstitucionalidade da Condução coercitiva. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 285, ago. 2016.

Já no segundo sistema, acusatório, associado ao democrático, o acusado é sujeito de direitos, sujeito na relação processual e é tratado em igualdade de condições com a parte que acusa, que deve ser distinto de quem julga. Esse desenho deve refletir na busca da prova, que fica encarregado às partes, preservado o direito de defesa, que inclui, inclusive, o direito ao silêncio, exercido no interrogatório, na autodefesa. [200]

Por isso, sendo o interrogatório do acusado no atual estágio do nosso ordenamento jurídico meio de defesa, por força do direito ao silêncio, do *nemo tenetur se detegere,* mostra-se inconstitucional a imposição forçada, por meio da condução coercitiva, como forma de comparecer o acusado no ato, sendo seu direito se ausentar dele e não comparecer. Inconstitucional, portanto, o artigo 260, do CPP, pois viola flagrantemente o direito a não autoincriminação.

É faculdade do acusado exercer ou não seu direito de defesa, autodefesa e presença no ato. Diferente da defesa técnica que, como já visto, é imprescindível, independente de ter o acusado exercido ou não o direito a autodefesa.

E é claro, não pode ser impedido de dar sua versão dos fatos, e tampouco penalizado por tanto, como por exemplo, ter a pena majorada.

Mencionado autor colaciona decisões do STF sobre o tema, que apontam sempre nesse mesmo sentido.[201]

---

[200] BOTTINO, Thiago. A Inconstitucionalidade da Condução coercitiva. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 285, ago. 2016. "Por essa razão, em um sistema punitivo adequado aos ideais de um Estado Democrático de Direito, o interrogatório deixa de ser um meio de prova para transformar-se em meio de defesa, mais especificamente de autodefesa, permitindo ao indivíduo escolher entre colaborar com a ação do Estado, ou reservar-se e não se auto incriminar. A tortura como meio de investigação dá lugar ao silêncio como meio de defesa. Nesse sentido, quando se estrutura um sistema processual penal, o ponto principal dirá respeito aos limites postos à busca da verdade. Quando se cede à tentação autoritária de alcançar 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. De outro lado, se a liberdade do indivíduo é anteposta aos interesses repressivos, tomando-se a garantia de não se auto incriminar como barreira instransponível na instrução probatória por parte da acusação, o sistema resultante será fundamentalmente garantista e, por isso, intimamente conectado aos pressupostos que estruturam o Estado Democrático de Direito. Determinado sistema punitivo torna-se adequado ao Estado Democrático de Direito quando: (1) permite que o indivíduo tenha um dever consigo mesmo que supera o dever que tem com a justiça penal; (2) estabelece que a dignidade humana não comporta a instrumentalização do indivíduo como fonte de prova prejudicial a si mesmo; e, (3) assegura ao cidadão o direito de não se auto incriminar. Por outro lado, se não o faz, será possível afirmar que se trata de um sistema punitivo de um Estado totalitário. (1)."

[201] Sempre que a questão foi trazida ao Supremo Tribunal Federal, a Corte entendeu que a postura de não responder às perguntas formuladas é um direito do acusado e de cujo exercício não poderá resultar nenhuma espécie de prejuízo. De acordo com a jurisprudência do Supremo, o exercício do direito ao silêncio: não legitima o aumento de pena; (2) não justifica a imposição de regime mais gravoso de execução; (3) não constitui fato desabonador da personalidade (com reflexo no aumento de pena); (4) e, por fim, a recusa em praticar ato autoincriminatório não configura crime de desobediência. (5) Cabe ao suspeito, investigado,

Ainda que se entenda a condução coercitiva como medida cautelar autônoma, ela ainda padece do vício insanável da inconstitucionalidade.

Partindo do pressuposto de que o princípio do *nemo tenetur se detegere* está consagrado no ordenamento jurídico e o acusado não é, por força de mandamento constitucional, obrigado a contribuir com a acusação, cabendo a ela o ônus a prova, não sendo obrigado a seu autoincriminar, portanto, temos que qualquer medida nesse sentido, ainda que chamada de cautelar, também se mostra inconstitucional.

Tais medidas cautelares, objeto da novel redação do artigo 319, do CPP após sua reforma, não trazem a condução coercitiva em seu rol. Também não se pode falar em poder geral de cautela do juiz no processo penal, sob pena de violar o sistema acusatório e transformar o juiz num buscador de provas, incompatível com sua natureza de julgar. A legalidade estrita também vale neste campo, como já salientado.

Para Badaró:

> Antes de passar à análise das medidas cautelares patrimoniais, é fundamental destacar que as medidas cautelares processuais penais sujeitam-se a um princípio de estrita legalidade. Isto é, somente podem ser decretadas medidas cautelares processuais penais expressamente previstas na legislação. Não vigora, no capo processual penal, um poder geral de cautela que permitiria a concessão de medidas cautelares atípicas. [202] Somente podem ser decretadas as medidas cautelares expressamente previstas no ordenamento jurídico. [203] As medidas cautelares processuais penais são sempre típicas. Como explica Antônio Magalhães Gomes filho (1991, p. 57), não se pode cogitar em matéria criminal de um 'poder geral de cautela', através do qual o juiz possa impor ao acusado restrições não expressamente previstas pelo legislador, como sucede no âmbito da jurisdição civil; tratando-se de limitação da liberdade, é imprescindível a expressa permissão legal para tanto, pois o princípio da legalidade dos delitos e das penas não diz respeito apenas ao momento da cominação, mas

---

indiciado ou acusado exercer seu direito de autodefesa se quiser. Por óbvio, não pode ser impedido de dar sua versão dos fatos sob investigação. Defender-se é direito seu. Precisamente por isso, por se tratar de um direito, que não pode ser compelido, ou, de qualquer forma, constrangido a fazer uso de tal direito. Logo, uma vez intimado para o ato de interrogatório, comparece se quiser. Não comparecendo ao ato para o qual foi intimado, demonstra seu desinteresse no exercício da autodefesa, a qual é disponível (ao contrário da defesa técnica).(6) Nesse diapasão, o emprego de força – pois a condução coercitiva, como o nome diz, prevê o uso de coerção física na condução – para a realização de um ato que não é necessário ao processo, mas facultativo para a defesa, não mais se justifica em face do tratamento que a Constituição conferiu ao interrogatório."

[202] Nesse sentido Antônio Magalhães Gomes Filho (1991, p. 57), Rogério Lauria Tucci (2004, p. 119-120) e Saad Gimenes (2007, p. 36). Em sentido contrário: Polastri Lima (2005, p. 128 e 130) e Rogério Pacheco Alves (2002, p. 431).

[203] Não há, como ocorre no processo civil, a previsão de um poder geral de cautela que autorize o juiz a decretar medidas cautelares não previstas em lei. O art. 798 do CPC prevê que "além dos procedimentos cautelares específicos que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação".

> à 'legalidade da inteira repressão', que põe em jogo a liberdade da pessoa desde os momentos iniciais do processo até a execução da pena imposta. Ou seja, as medidas cautelares são apenas aquelas previstas em lei e nas hipóteses estritas que a lei autoriza. Há, pois um princípio de taxatividade das medidas cautelares, que implica admitir somente aquelas medidas previstas no ordenamento jurídico. Em muitos casos, há autorização legal para que o juiz, de ofício, decrete medidas cautelares, como nos casos da prisão preventiva (art. 311, do CPP) e do sequestro de bens imóveis (art. 127, do CPP). Não existe, todavia, previsão que autorize o juiz a decretar medidas constritivas, pessoais ou patrimoniais, fora dos casos previstos em lei. E, neste caso, é bom ressaltar que 'ninguém poderá ser privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal' (art. 5º, LIV, da CR/1988). [204]

Atípica a medida, além de incompatível com o sistema, conclui-se pela sua ilegalidade no ordenamento jurídico pátrio. Essa utilização de força caracteriza ilegalidade, inclusive já analisada pelo STF que assim entendeu.[205]

Malan, em artigo sobre o tema, após discorrer sobre a natureza jurídica do instituto, citando doutrina pátria, entende que:

> A condução coercitiva, portanto, possui natureza jurídica de medida cautelar de coação pessoal, pela qual o acusado (ou investigado) é privado de sua liberdade pelo lapso de tempo necessário para ser levado à presença de autoridade judicial (ou administrativa) e participar de ato processual penal (ou administrativo da investigação preliminar), no qual sua presença é considerada imprescindível.[206]

---

[204] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Medidas cautelares patrimoniais no processo penal. In: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (Coord). *Direito penal econômico*: crimes econômicos e processo penal. São Paulo: Saraiva, 2008. p. [167]-201.

[205] STF, *HC* 79.781-4/SP, 1.ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 18.04.2000 ("A falta de interesse do indiciado de colaborar com a justiça não constitui fundamento idôneo à prisão preventiva"); STF, HC 89.503-4/RS, 2.ª Turma, Rel. Min. Cezar Peluso j. 03.04.2007 ("O não comparecimento do réu para prestar depoimento na delegacia de polícia não autoriza a prisão preventiva"), STF, HC 91.514-1/BA, 2.ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11.03.2008 ("Decisiva a circunstância de que a autoridade coatora revogou a prisão preventiva dos demais investigados após sua inquirição. Não faz sentido a manutenção da prisão para mera obtenção de depoimento"); e, STF, HC 99.289-4/RS, 2.ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23.06.2009 ("A invocação da prerrogativa contra a autoincriminação, além de inteiramente oponível a qualquer autoridade ou agente do Estado, não legitima, por efeito de sua natureza eminentemente constitucional, a adoção de medidas que afetem ou que restrinjam a esfera jurídica daquele contra quem se instaurou a persecutio criminis nem justifica, por igual motivo, a decretação de sua prisão cautelar".

(8) STF, *HC* 95.009-4/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, j. 06.11.2008 ("A primeira indagação a ser feita no curso desse controle há de ser a seguinte: em que e no que o corpo do suspeito é necessário à investigação? [...] Ora, não se prende alguém para que exerça uma faculdade. [...] Se a investigação reclama a oitiva do suspeito, que a tanto se o intime e lhe sejam feitas perguntas, respondendo-as o suspeito se quiser, sem necessidade de prisão. (...) O combate à criminalidade é missão típica e privativa da Administração (não do Judiciário), através da polícia, como se lê nos incisos do artigo 144 da Constituição, e do Ministério Público, a quem compete, privativamente, promover a ação penal pública (artigo 129, I)").

[206] MALAN, Diogo Rudge. Condução coercitiva do acusado (ou investigado) no processo penal. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 266, jan. 2015.

Após analisar sua compatibilidade com o direito ao silêncio, tal como delineado pela Constituição e pelo Código de Processo Penal depois de suas reformas sobre o tema, aponta os limites sobre o ato[207] e, após, tece críticas a respeito do recente tratamento dado pelo STF, que fere a estrita legalidade, dando poder geral de cautela à autoridade policial, ignorando o *nemo tenetur se detegere* e a presunção de inocência.[208]

Por fim, conclui tentando fazer uma interpretação conforme a Constituição do artigo 260, do Código de Processo Penal, para poder ser compatibilizado com a vedação a não autoincriminação.

Com todo respeito, por mais que se tente tal interpretação, ao que parece, diante das garantias constitucionais, especialmente o *nemo tenetur se detegere*, figurando o acusado como sujeito de direitos, sendo a liberdade a regra e, qualquer medida contra ela, salvo as exceções legais, só poderem com ordem fundamentada da autoridade judicial, a condução coercitiva feita pela autoridade policial se mostra inconstitucional e, mesmo a com ordem judicial, diante da extensão dada ao direito ao silêncio, ao que parece também consubstancia um constrangimento ilegal, caso o suspeito, investigado ou acusado queira exercer seu direito de se calar.

Queijo, ao discorrer sobre o direito de não comparecimento, como já mencionado no tópico anterior, apontou que a maioria dos ordenamentos é obrigatória a presença do acusado, havendo tal tendência no ordenamento brasileiro. Porém, ressaltou posição defendendo o direito de ausência de Scarance Fernandes, que veio a ser corroborada,

---

[207] MALAN, Diogo Rudge. Condução coercitiva do acusado (ou investigado) no processo penal. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 266, jan. 2015. "Não obstante, a concepção do acusado (ou investigado) como sujeito titular de direitos fundamentais (inclusive ao silêncio) e do interrogatório como meio de autodefesa exige filtragem hermenêutico-constitucional do art. 260 do CPP. Como o acusado (ou investigado) não pode ser coagido a colaborar com sua própria incriminação, são ilegais conduções coercitivas para as seguintes finalidades: (i) prestar declarações perante Comissão Parlamentar de Inquérito;(6) (ii) comparecer à audiência de instrução e julgamento;(7) (iii) participar da reconstituição simulada do crime ou fornecer padrões gráficos ou vocais para perícia criminal;(8) (iv) prestar declarações perante o Ministério Público;(9) (v) fazer exame pericial de dosagem alcoólica;(10) (vi) prestar declarações em Delegacia de Polícia;(11) (vii) participar de acareação; (viii) receber proposta de acordo de delação premiada etc. A rigor, as duas finalidades da medida em digressão que têm legitimidade constitucional são: (i) participar de ato processual ou administrativo de reconhecimento pessoal (CPP, art. 226); (ii) submeter-se a identificação criminal, nas hipóteses taxativas do art. 3.º da Lei 12.037/2009.(12). Mesmo nessas duas hipóteses excepcionais a condução coercitiva, à luz da proporcionalidade, deve ser considerada cabível só quando não houver nenhum outro meio de reconhecimento (v.g., fotográfico) ou esclarecimento da identidade do acusado ou suspeito (v.g., consulta a banco de dados)."

[208] MALAN, Diogo Rudge. Condução coercitiva do acusado (ou investigado) no processo penal. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 266, jan. 2015. "A decisão proferida no HC 107.644/SP, portanto, representa gravíssimo retrocesso à concepção autoritária do acusado como objeto de prova, cujo corpo pode ser coercitivamente submetido à condução pela polícia judiciária, para fins de cumprimento do dever de comparecimento ao interrogatório policial – considerado meio de prova."

posteriormente, em 2008, pela alteração legislativa no procedimento do Júri, tornando facultativa a presença do réu em plenário, tanto do solto como do preso.

Relaciona diretamente o direito de ausência com a condução coercitiva, e percebe que:

> Não se pode desconsiderar que a condução coercitiva exerce certa compulsão sobre o acusado para que participe ativamente do interrogatório, respondendo às indagações formuladas. É ínsita à condução coercitiva a expectativa de que ele responda às perguntas que lhe serão dirigidas no interrogatório[209]

Continua citando Grevi a respeito da Itália:

> Grevi, a esse respeito, destaca a posição assumida no Projeto preliminar do Código de Processo Penal de 1988, no sentido de excluir toda e qualquer medida cautelar, como considera a condução coercitiva, que tenha a finalidade de estimular a participação ativa do acusado na formação do material probatório. Nessa ótica, não deveriam ser utilizadas as medidas cautelares cujo escopo seja, ainda que indiretamente, obter confissões de modo extorsivo.

E em seguida a autora cita Mazza, para quem, uma vez acolhido o *nemo tenetur se detegere* no interrogatório, não é o caso de se admitir condução coercitiva, pois representa ela uma forma de coação e exerce intimidação contra o acusado.[210] Ou seja, reforça a pressão do Estado para o acusado falar, contrariando seu direito ao silêncio.

Lopes Jr, complementando o raciocínio já exposto na nota de rodapé 180, de que é direito do acusado, e não um dever, estar ou não presente no processo.

Também não é objeto do processo e sim sujeito de direitos, motivo pelo qual não está obrigado a se submeter a nenhum ato probatório, vez que vigora o *nemo tenetur se detegere*, sendo sua presença física no ato uma opção dele, acusado. Conclui que é preciso abandonar ideias inquisitórias em que o juiz dispunha do corpo do réu, objeto, para buscar a verdade. Tem ele o direito ao silêncio e não é obrigado a comparecer.

---

[209] QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova conta si mesmo*: o princípio *Nemo Tenetur Se Detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 282. A autora cita Grevi, Vittorio, Il diritto al silenzio dell"imputato sul fato proprio e sul fato altrui.

[210] *Ibid*., p. 283. Cita Mazza, Oliviero, Interrogatorio ed exame dell'imputato: identità di natura giuridica e di eficácia probatória, cit., p. 832.

Sobre a condução coercitiva, entende ser mais grave ainda a condução coercitiva de suspeitos pela polícia. Há neste caso restrição da liberdade do conduzido, sendo uma espécie de detenção, porém, não prevista na Constituição.[211]

E dentro de tal contexto, imprescindível o papel da mídia para o espetáculo do processo penal ganhar os holofotes dos noticiários e atrair a audiência da população.[212]

Temos, pois, que por força do princípio *nemo tenetur se detegere*, que se o acusado tem o direito ao silêncio, o direito de não produzir prova contra si mesmo, o direito de ausência, desde que representado por advogado, não parece cabível a condução coercitiva para que ele compareça no ato processual do interrogatório, ainda que meramente para ser identificado, o que pode ser feito por outros meios e em outros momentos processuais, antes ou depois do interrogatório designado.

Com efeito, se a presença e ausência são faculdades do acusado no processo, podendo ou não exercê-los, não pode ser compelido, forçado, conduzido sob vara a comparecer no ato de interrogatório, meio de defesa, se não tem interesse em sua realização, podendo, pois, dispor de tal direito.

3.6 A CONFISSÃO

Esclarece Queijo que a confissão era buscada a todo custo no sistema inquisitivo, vez que era tida como prova decisiva da autoria e da culpabilidade do acusado. Foi considerada, por isso, a "rainha das provas". Modernamente, deixou de ser considerada como tal, devendo ser valorada no conjunto probatório produzido.[213]

Apesar da evolução, o princípio *nemo tenetur se detegere* ainda encontra muita resistência para ser aplicado integralmente. No processo penal ainda é forte a ideia de colaboração do acusado na busca da verdade. Nos dizeres de Queijo: "Em outras palavras, a ideia da confissão como algo esperado está sempre presente nas referidas resistências".[214]

---

[211] LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013. p.767.

[212] Conferir CASARA, Rubens, Processo Penal do Espetáculo; GARAPON, Antoine. *Bem julgar. Ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

[213] QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova conta si mesmo*: o princípio *Nemo Tenetur Se Detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 114.

[214] *Ibid*., p. 114. A autora cita doutrina em que diz que a confissão não é natural (Leal, Antonio Luis da Câmara). Outra aduz ser a confissão contrária ao instinto de conservação, mas pode ter várias motivações (Altavila, Enrico. Psicologia Judiciária).

No processo penal, segundo Badaró, apoiado em Nucci, confessar

> É admitir contra si, por quem seja acusado ou suspeito de um crime, voluntária, expressa e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo, a prática de algum fato criminoso.[215]

Confissão é a admissão da prática de um fato criminoso, no entender de Queijo: "E deverá ser expressa, livre, voluntária e realizada pessoalmente, diante da autoridade competente".[216]

Deve ser formal e expressa, diferente, pois, do processo civil, onde há a confissão ficta[217], em que se presumem confessados os fatos não contestados na defesa. O processo penal ainda cuida de direitos indisponíveis e que devem prevalecer sobre a vontade das partes.[218]

A respeito de ser formal e expressa, Mirfield[219] aponta que no direito inglês admite-se a confissão por comportamentos, gestos, como o choro, a fuga. E é exatamente esse tipo de comportamento do acusado que, no presente trabalho, se demonstrará que não poderá ser valorado pelo julgador na aplicação da pena valendo-se do critério legal personalidade do agente.

Para haver confissão, ele deve ser voluntária, ato de vontade que é, não podendo estar presente nenhum vício ou coação.

Não são admitidos quaisquer métodos (detector de mentiras e até a tortura) que influenciam no depoimento, sob pena de se violar o direito fundamental ao silêncio, a ampla defesa.

Como é um ato pessoal, somente pode ser feita pelo próprio acusado, na forma prevista em lei, não se admitindo, inclusive, por procuração ou por preposto.

---

[215] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 447.

[216] QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova conta si mesmo*: o princípio *Nemo Tenetur Se Detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.115.

[217] GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. rev. atual. e ampl. com a colaboração de João Daniel Rassi. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 241: "Inexiste no processo penal confissão ficta ou presumida, quer decorrente do silêncio, quer decorrente da revelia. Ambos, silêncio ou revelia, não podem ser dados como confissão".

[218] Diz-se ainda, mas mesmo assim com certa dúvida, porque atualmente, com o consenso e a delação premiada, ao que parece, direitos indisponíveis estão sendo transformados em disponíveis, ou negociáveis, como por exemplo a pena aplicada, em absoluta contrariedade à legislação (Código Penal e Lei de execução penal), tendo, como exemplos, penas de 5 anos em regime aberto, como a divulgada na Folha de São Paulo, no dia 01.01.17, relativa à empresário condenado na Operação Lava a Jato. Vide Folha de São Paulo, do dia 01.01.17.

[219] MIRFIELD, Peter. *Silence, confessions and improperly obtained evidence*, Oxford: Clarendon, 2003. p. 59.

Confessa-se a autoria de um crime, mas também pode ser confessado o fato em si ou outros elementos do fato definido como crime.

O Código de processo penal traz a confissão dentre os meios de prova. Badaró, porém, discorda, e a considera o resultado eventual do interrogatório.

Continua explicando que poderá ser feita dentro ou fora do processo. Se fora, será documentada e este documento, sim, será juntado aos autos, sendo este documento o meio de prova e não a confissão. A confissão judicial ocorre no interrogatório, sendo este o meio de prova e ela seu resultado.[220]

Para Nucci, é meio de prova, sendo um dos instrumentos disponíveis para o julgador chegar à verdade dos fatos e, consequentemente, à sua decisão.[221]

Greco Filho, por sua vez, entende que a confissão não é um meio de prova, mas sim a própria prova, pois é nela que o acusado reconhece a autoria, sendo que o meio de prova em que ela pode ocorrer, no caso, é o interrogatório.[222]

Sobre a divergência doutrinária, Queijo aponta que o CPP a elencou entre os meios de prova. Há quem sustente ser meio de prova, elemento de prova ou a própria prova.

Ela mesma entende ser meio de prova e destaca:

> De destacar que a natureza da confissão não deve ser confundida com a do interrogatório. Este é meio de defesa e fonte de prova. Excepcionalmente, durante o interrogatório, poderá ocorrer a confissão, que é meio de prova.[223]

---

[220] BADARO, Gustavo. *Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 447.

[221] NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999. p. 81.

[222] GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 240: "Na verdade a confissão não é um meio de prova. É a própria prova, consistente no reconhecimento da autoria por parte do acusado. Meio de prova é o interrogatório, em que ela pode ocorrer, ou a audiência em que se lavra um termo em virtude do seu comparecimento espontâneo. Todavia, tem sido tradicionalmente tratada nos códigos como meio de prova".

[223] QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova conta si mesmo*: o princípio *Nemo Tenetur Se Detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.118.

Ainda segundo Greco, o objeto da confissão é exclusivamente o reconhecimento da autoria, vez que a materialidade é comprovada por outros meios, sendo que nos delitos que deixam vestígios, por meio do exame de corpo de delito.[224]

A doutrina costuma classificar a confissão em simples, complexa e qualificada. Na simples, como o próprio nome diz, o acusado admite a autoria do fato delituoso. Na complexa o acusado reconhece, ainda que simples, várias acusações contra ele. E na qualificada, admite a autoria do fato definido como crime, mas narra também outro fato que possa lhe beneficiar, como por exemplo, narra uma legítima defesa, excludente de ilicitude.

Em relação à forma, será judicial ou extrajudicial. A judicial é feita no processo, no interrogatório formal, perante um juiz, em relação a uma acusação contra ele. Poderá ser tomada também por termo nos autos. Já a extrajudicial, como o próprio nome diz, é a confissão realizada fora do processo, não é feita em juízo, podendo ter sido feita no inquérito policial ou qualquer outro procedimento administrativo. Será feita por meio de um documento que será juntado aos autos e este documento será a prova e não confissão.

São características da confissão no processo penal a retratabilidade, a divisibilidade e a relatividade de seu valor como prova.

Retratável porque o acusado pode retirar a confissão feita, o que não significa que terá um valor pleno, pois o julgador irá valorar ambas, confissão e retratação, bem como as demais provas produzidas. É divisível porque pode ser considerada somente em parte e, por fim, é relativa porque deve ser recebida sempre com cautela e precisa ser confirmada por outras provas produzidas, não excluindo a necessidade de outras provas. Ou seja, não é mais a rainha das provas[225] de outrora. Porém, é ela quem dá ao juiz certeza moral da condenação.[226]

Sobre o valor probatório, não tem a confissão mais o valor absoluto de outrora. É hoje como qualquer outro meio de prova, devendo ser valorada juntamente com os outros meios de prova. A confissão deverá ser confrontada com os outros meios de prova pelo julgador, que analisará sua compatibilidade e concordância no conjunto probatório.

---

[224] GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 240: "No processo penal o conteúdo da confissão é exclusivamente o reconhecimento da autoria. A materialidade deve ser provada por outros meios e em especial pelo exame de corpo de delito".

[225] *Ibid*., p. 241: "A confissão, que foi, no passado, considerada a rainha das provas e que deveria ser buscada pelo juiz a qualquer custo, perdeu sua importância, em decorrência do respeito que devem merecer o direito de defesa e o valor da pessoa".

[226] DELMANTO, Celso, et al. *Código penal comentado.* 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 130.

A doutrina é pacífica sobre a confissão policial não ser suficiente para embasar condenação criminal, apenas podendo fazê-lo se for corroborada por outros elementos de prova.

Já a confissão judicial, temos duas posições, sendo que a primeira sustenta seu valor pleno de prova para pode sustentar a condenação criminal, mesmo sendo a única prova incriminadora, e uma segunda corrente, que sustenta que deverá a confissão ser corroborada por outros elementos de prova nos autos para poder servir de fundamento para condenar.

Os artigos 197 e 200 do Código de Processo Penal[227], segundo Badaró, nos leva a concluir que a confissão isolada nos autos, ainda que judicial, não é suficiente para embasar decreto condenatório, devendo sempre ser valorada com os demais elementos de prova.[228]

Além do aspecto processual, a confissão traz nítido caráter material, de direito penal, corroborando o que foi defendido no capítulo 2 sobre a simbiose existente entre o direito e o processo penal.

É ela prevista no Código Penal como atenuante, devendo sempre minorar a pena aplicada. Atenuante que é, deve ser valorada na segunda fase de aplicação da pena, nos termos do artigo 68[229] e 65[230], ambos do Código Penal.

---

[227] Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância. Art. 200. A confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto.

[228] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 449-450.

[229] Art. 68 - A pena base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste código; seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento. Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

[230] Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - o desconhecimento da lei; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - ter o agente:(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;

c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;

e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

Segundo a doutrina, circunstâncias atenuantes são dados ou fatos, de caráter objetivo ou subjetivo, que estão ao redor do crime e atenuam a sua pena, embora não interfiram no tipo.[231]

Em que pese posicionamento doutrinário e jurisprudencial sobre o sistema trifásico, no qual se criou, ao arrepio expresso da lei, o entendimento de que na segunda fase de aplicação da pena (agravantes e atenuantes), as penas não poderão ficar além do máximo e nem aquém do mínimo legal previsto no tipo penal incriminador, não compartilhamos deste entendimento, como se verá no item a seguir, por expressa violação do princípio da legalidade como garantia do cidadão e do princípio da individualização da pena.

3.6.1 A súmula 231, do STJ e a violação da garantia da legalidade

Aproveitando o tema atenuante (confissão) e a estrita legalidade como garantia do cidadão contra o Leviatã na sua forma punitivista, cumpre consignar a contrariedade à Súmula 231 do STJ, pois viola flagrantemente garantia da legalidade na aplicação da pena.

O Código Penal, em seu artigo 65, é expresso ao determinar que as atenuantes sempre atenuam a pena.

Ocorre que a jurisprudência pátria firmou o entendimento, *contra legem*, de que se a pena fixada ficar no patamar mínimo, não incide a atenuante para tornar a pena aquém do mínimo.

Tal entendimento, todavia, não se sustenta simplesmente por ser contra a lei, por violar frontalmente o mandamento do Código Penal que determina que as atenuantes sempre atenuem as penas.

E sempre é sempre, sem exceções que, caso houvessem, deveriam vir expressas na lei e não na jurisprudência, ainda que do STJ e em forma de súmula.

E se sempre atenuam, não pode jamais haver óbice algum para que a pena fique, ainda que por força de atenuantes, aquém do mínimo legal, motivo pelo qual é plenamente possível que a pena, já fixada no mínimo, venha a ser diminuída em função das atenuantes.

Para Rogério Greco:

---

[231] DELMANTO, Celso et al. *Código penal comentado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 283 e 286.

> Conforme já dissemos anteriormente, entendemos, contrariamente a Súmula 231 do STJ, que a existência de uma circunstância atenuante fará com que a pena-base encontrada seja, obrigatoriamente, diminuída, pouco importando se tenha ou não sido fixada no mínimo legal. O art. 65 não faz essa ressalva, pelo contrário, determina expressamente, por intermédio do advérbio sempre, que a pena deverá ser diminuída caso exista alguma circunstância atenuante". [232]

Moreira[233] também segue essa mesma linha, mencionando mais doutrina sobre o tema, bem como alguns julgados dos Tribunais. Esse entendimento é acompanhado por

---

[232] GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. v. 1. p. 634.

[233] Romulo de Andrade Moreira. Parecer emitido como procurador de justiça do Estado da Bahia nos autos n. 0324350-78.2011.8.05.0001, em tramitação no TJBA, em que defende a inconstitucionalidade da Súmula n. 231 do STJ. O parecer foi publicado também em artigo no site emporiododireito.com.br: "Destarte, imperioso ressaltar a necessidade da aplicação da atenuante genérica da confissão, mesmo que o quantum da reprimenda seja reduzido para aquém do patamar mínimo previsto em lei, malgrado o disposto no equivocado Verbete nº. 231 da súmula do Superior Tribunal de Justiça, porquanto fere o Princípio Constitucional da Individualização da Pena, previsto no art. 5º., XLVI, da Constituição da República. Neste sentido, conferir a doutrina: "A incidência de atenuantes remete à individualização da pena, princípio consagrado no art. 5º., XLVI, da Constituição Federal que, como ensina a boa doutrina, expressa-se em três momentos: 1) na tipificação de condutas e previsão abstrata de penas pelo Legislativo, na proporção da gravidade da ação ou omissão; 2) na aplicação da pena pelo Judiciário, consideradas as condições do indivíduo e as circunstâncias em que praticada a conduta incriminada; e 3) na execução das penas previstas pelo Legislativo e aplicadas pelo Judiciário, dependendo a justa retribuição e a melhor prevenção da adequação das formas de cumprimento da reprimenda (arts. 5º., 8º. e outros da Lei de Execução Penal)".[7] Outrossim, ensina Luiz Luisi, "o processo de individualização da pena se desenvolve em três momentos complementares: o legislativo, o judicial, e o executório ou administrativo." (grifo nosso). Explicitando este conceito, o mestre gaúcho ensina: "Tendo presente as nuanças da espécie concreta e uma variedade de fatores que são especificamente previstas pela lei penal, o juiz vai fixar qual das penas é aplicável, se previstas alternativamente, e acertar o seu quantitativo entre o máximo e o mínimo fixado para o tipo realizado, e inclusive determinar o modo de sua execução."(…) "Aplicada a sanção penal pela individualização judiciária, a mesma vai ser efetivamente concretizada com sua execução." (…) "Esta fase da individualização da pena tem sido chamada individualização administrativa. Outros preferem chamá-la de individualização executória. Esta denominação parece mais adequada, pois se trata de matéria regida pelo princípio da legalidade e de competência da autoridade judiciária, e que implica inclusive o exercício de funções marcadamente jurisdicionais."(…) "Relevante, todavia no tratamento penitenciário em que consiste a individualização da sanção penal são os objetivos que com ela se pretendem alcançar. Diferente será este tratamento se ao invés de se enfatizar os aspectos retributivos e aflitivos da pena e sua função intimidatória, se por como finalidade principal da sanção penal o seu aspecto de ressocialização. E, vice-versa." E conclui o autor: "De outro lado se revela atuante o subjetivismo criminológico, posto que na individualização judiciária, e na executória, o concreto da pessoa do delinqüente tem importância fundamental na sanção efetivamente aplicada e no seu modo de execução."[8].

Bittencourt[234] e Queiroz[235], no sentido de prevalecer a letra da lei, o princípio da legalidade, garantia do cidadão contra o Estado que é.

---

[234] BITENCOURT, Cezar Roberto. Limites da pena-base e a equivocada Súmula (231) do STJ. *Revista do IBCCRIM*, ano 22, n. 262, set., 2014. p. 08: "O entendimento contrário à redução da pena para aquém do mínimo cominado partia de uma interpretação equivocada, que a dicção do atual art. 65 do CP não autoriza. Com efeito, esse dispositivo determina que as circunstâncias atenuantes "sempre atenuam a pena", independentemente de já se encontrar no mínimo cominado. É irretocável a afirmação de Carlos Caníbal quando, referindo-se ao art. 65, destaca que "se trata de norma cogente por dispor o Código Penal que 'são circunstâncias que sempre atenuam a pena'(…) e – prossegue Caníbal – norma cogente em direito penal é norma de ordem pública, máxime quando se trata de individualização constitucional de pena". A previsão legal, definitivamente, não deixa qualquer dúvida sobre sua obrigatoriedade, e eventual interpretação diversa viola não apenas o princípio da individualização da pena (tanto no plano legislativo quanto judicial) como também o princípio da legalidade estrita. (…). Enfim, deixar de aplicar uma circunstância atenuante para não trazer a pena para aquém do mínimo cominado nega vigência ao disposto no art. 65 do CP, que não condiciona a sua incidência a esse limite, violando o direito público subjetivo do condenado à pena justa, legal e individualizada. Essa ilegalidade, deixando de aplicar norma de ordem pública, caracteriza uma inconstitucionalidade manifesta. Em síntese, não há lei proibindo que, em decorrência do reconhecimento de circunstância atenuante, possa ficar aquém do mínimo cominado. Pelo contrário, há lei que determina (art. 65), peremptoriamente, a diminuição da pena em razão de uma atenuante, sem condicionar seu reconhecimento a nenhum limite; e, por outro lado, reconhecê-la na decisão condenatória (sentença ou acórdão), somente para evitar nulidade, mas deixar de efetuar sua atenuação, é uma farsa, para não dizer fraude, que viola o princípio da reserva legal. Seria igualmente desabonador fixar a pena-base acima do mínimo legal, ao contrário do que as circunstâncias judiciais estão a recomendar, somente para simular, na segunda fase, o reconhecimento de atenuante, previamente conhecida do julgador. Não é, convenhamos, uma operação moralmente recomendável, beirando a falsidade ideológica. Por fim, e a conclusão é inarredável, a Súmula 231 do STJ, venia concessa, carece de adequado fundamento jurídico, afrontando, inclusive, os princípios da individualização da pena e da legalidade estrita."

[235] QUEIROZ, Paulo. A justificacao do direito de punir na obra de Luigi Ferrajoli: algunas observacoes criticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.7. n.27. p.143-8. jul./set. 1999. "A pergunta a formular e responder é a seguinte: pode o juiz aplicar pena abaixo do mínimo legal ainda quando não concorram causas de diminuição de pena ou circunstâncias atenuantes? A resposta é, decididamente, sim! Primeiro, porque, ao fazê-lo, não se dá, em tal caso, qualquer violação ao princípio da legalidade. Segundo, porque aplicar a pena justa, não importando se no mínimo legal, aquém ou além dele, é uma exigência de proporcionalidade. Justifico. O princípio da legalidade, como de resto todos os princípios, constitui autêntica garantia, que, como tal, existe (historicamente) para proteger o cidadão contra os excessos do Estado, e não o contrário, para prejudicá-lo. Representa, portanto, constitucionalmente, uma poderosa garantia política para o cidadão, expressivo do imperium da lei, da supremacia do Poder Legislativo – e da soberania popular – sobre os poderes do Estado, de legalidade da atuação administrativa e da escrupulosa salvaguarda dos direitos e liberdades individuais. Por isso é que não há cogitar de afronta ao princípio sempre que a lei tiver de retroagir para beneficiar o réu, por exemplo, pois, em tal caso, não há ofensa ao caráter garantidor que o informa e justifica. Aliás, é justamente em razão deste caráter garantístico do princípio que o contrário não pode acontecer, vale dizer, fixar o juiz a pena acima do máximo legal. Já o princípio da proporcionalidade, que compreende os subprincípios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito (sentido tradicional), exige que a pena seja, a um tempo, necessária, adequada e compatível com o grau de ofensividade do delito cometido. Por isso que é dado ao juiz, por exemplo, socorrer-se do princípio da insignificância para decretar a absolvição, sempre que se achar diante de uma lesão ínfima ao bem jurídico que a norma quer tutelar. Nem poderia ser diferente, uma vez que a missão do juiz já não é, como no velho paradigma positivista, sujeição à letra da lei, qualquer que seja o seu significado, mas sujeição à lei enquanto válida, isto é, coerente com a Constituição. Pois bem, se o juiz pode mais – absolver, dada a irrelevância – pode menos, evidentemente: aplicar pena aquém do mínimo legal. Fundamental é fixar, sempre, uma pena justa para o caso, proporcional ao delito, conforme as múltiplas variáveis que o envolve (CP, art. 59), ainda que, para tanto, tenha o juiz de fixá-la aquém do mínimo legal. É legítima, pois, a aplicação de pena abaixo do mínimo. Entender o contrário é adotar uma postura anti-garantista. Obviamente que, com maior força de razões, legítima será a aplicação da pena abaixo do mínimo legal se concorrerem circunstâncias atenuantes, como já reconheceu o (então) Ministro Cernicchiaro, contrariamente à Súmula 231 do STJ: STJ, Resp. 151.837/MG- 6ªT –STJ –Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro – j. 28.05.1998. No mesmo sentido, Carmen Silva de Moraes Barros: "Assim,

Curiosamente, o próprio STJ tem julgado admitindo a diminuição aquém do mínimo legal (HC 9.719, SP).

Rogério Greco, comentando o artigo 65 do Código Penal e colacionando julgados, reafirma sua posição a respeito da obrigatoriedade da diminuição da pena observada a atenuante, ainda que aquém da pena mínima.[236]

Havendo atenuantes e estas não sendo aplicadas em razão de a pena já estar no mínimo legal, são feridos os princípios da legalidade, do tipo como garantia e o princípio constitucional da individualização da pena, daí a obrigatoriedade constitucional de sua observação e aplicação, mesmo e especialmente para atenuar a pena aquém do mínimo.

3.7 DIREITO AO SILÊNCIO

Decorre do *nemo tenetur se detegere* e é sua mais conhecida expressão o direito ao silêncio, que é tratado no interrogatório do acusado. Porém, não são sinônimos, sendo o

---

adotados os princípios de individualização da pena e da culpabilidade, não se pode mais falar em impossibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo legal – qualquer vedação nesse sentido é inconstitucional. Assim não fosse, e a aplicação de pena poderia seguir critérios exclusivamente matemáticos. No entanto, a análise do caso individual, em razão de sua complexidade e diversidade, obsta a culpabilidade vinculada a limites mínimos. Portanto, cabe ao juiz, relevando as circunstâncias do caso concreto: grau de exposição do agente à criminalidade, suas condições pessoais, a situação particular em que levou a cabo a prática delitiva, forma de execução e consequências do crime, comportamento da vítima, estabelecer a medida da pena compatível com a culpabilidade vista sob a ótica do direito penal mínimo, "A fixação da pena abaixo do mínimo legal: corolário do princípio da individualização da pena e do princípio da culpabilidade."

[236] GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 4. ed. Niterói: Ímpetus. 2010. p. 152: "Objeto de muita discussão tem sido a possibilidade de se reduzir a pena -base aquém do mínimo ou de aumenta – la além do máximo nesse segundo momento de fixação da pena. O STJ, por intermédio da Súmula nº 231, expressou o seu posicionamento no sentido de que a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir a redução de pena abaixo do mínimo legal. Essa, infelizmente, tem sido a posição da maioria de nossos autores, bem como de nossos tribunais, que, numa interpretação *contra legem*, não permitem a redução da pena – base, em virtude da existência de uma circunstância atenuante, se aquela tiver sido fixada em seu patamar mínimo. Conforme entendimento da Súmula 231 do STJ, a redução pela circunstância atenuante não pode conduzir a pena para valor abaixo do mínimo legal (STJ, HC 111049/MG, Relª. Minª. Jane Silva, 6ª T., DJe 02/03/2009). Dizemos que tal interpretação contraria a lei porque o artigo 65 não excepciona sua aplicação aos casos em que a pena – base tenha sido fixada acima do mínimo legal. Pelo contrário. O mencionado artigo afirma, categoricamente, que são circunstancias que sempre atenuam a pena. Por que razão utilizaria o legislador o advérbio sempre se fosse sua intenção deixar de aplicar a redução, em virtude da existência atenuante, quando a pena – base fosse fixada em seu grau mínimo. De acordo com o que temos defendido, já decidiu o TJRS que os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena abrigam a possibilidade de, estando a pena – base fixada no mínimo legal, romper com esse limite se presente atenuante prevista legalmente (TJRS, AC 70029176542, Rel. Des. Luís Gonzaga da Silva Moura, DJ 30/07/2009). A aplicação de atenuante é direito do réu, motivo pelo qual deve ser aplicada mesmo que a pena fique além do mínimo (TJRS, Ap . Crim. 70017019944, 5ª Câm. Crim. Rel. Des. Genacéia da Silva Alberton, j. 23/5/2007)."

nemo tenetur muito mais amplo que o direito ao silêncio, que é apenas uma faceta do princípio.

Há sim uma tendência a equiparar o direito ao silêncio ao nemo tenetur se detegere, principalmente diante do princípio de que ninguém é obrigado a se auto incriminar. Com efeito, são indissociáveis, visto que o direito ao silêncio decorre do nemo tenetur se detegere. Por outro lado, equipar o *nemo tenetur se detegere* ao direito ao silêncio é restringi-lo muito.

É assegurado ao acusado, indiciado preso e ao solto, desde o início da persecução penal, como garante o artigo 5º, LXIII, da Constituição da República, o artigo 186, do Código de Processo Penal e o artigo 8.2 do Pacto de San José da Costa Rica. [237]

E esclarece a autora citada que o direito ao silêncio se insere no direito à intimidade, no seu aspecto material, e no processual é uma proteção contra a autoincriminação, contido no devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição da República).

Continua, apoiada em Tucci:

> Trata-se de um atuar negativo, de modo prevalente. Integra a autodefesa do incriminado: "essa opção concedida ao preso, ou indiciado, logo no início da persecução penal, representa, outrossim, por um lado, a preambular conformação da autodefesa, com ou sem a integração da defesa técnica; e, por outro lado, o reconhecimento de que aquela resulta do exercício de um direito constitucionalmente estabelecido, encartado no de ampla defesa e particularizado no contraditório". E integra o devido processo legal, previsto no artigo 5º, LIV, da Constituição da República.[238]

Para Queijo, o direito ao silêncio é o direito de não responder aos questionamentos formulados pela autoridade, policial ou judicial:

> É o direito de calar, reconhecimento da liberdade moral do acusado. [...] Além da decorrência do *nemo tenetur se detegere*, o direito ao silêncio configura manifestação do direito à intimidade que, igualmente, é direito fundamental. Insere-se tabém entre as liberdades públicas, oponíveis ao Estado. [239]

Processualmente, o direito ao silêncio é uma proteção, garantida constitucionalmente, contra a autoincriminação, ou seja, do seu silêncio em interrogatório

---

[237] SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 289.
[238] *Ibid*., p. 290.
[239] QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova conta si mesmo*: o princípio *Nemo Tenetur Se Detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.233.

não podem ser extraídas consequências negativas contra o acusado. Não pode o silêncio ser interpretado contra ele pelo simples fato de ter se calado, direito seu, portanto.

E isso vem atualmente expresso no artigo 186, do Código de Processo Penal, em seu parágrafo único, donde se conclui que "Do exercício regular de um direito constitucionalmente garantido, não pode advir qualquer prejuízo ao acusado". [240]

Especialmente quanto o direito ao silêncio,

> Nos processos judiciais, o Supremo Tribunal tem sido particularmente rigoroso na salvaguarda do direito do réu ou do indiciado em permanecer calado ou recusar-se a fornecer, de qualquer modo, prova que o possa incriminar [241]

Não pode sofrer consequências do exercício do direito ao silêncio. Tanto na fase policial como em juízo, devendo em qualquer uma delas o suspeito ou acusado ser, inclusive, informado do seu direito ao silêncio.[242]

Lopes Júnior entende que:

> O direito ao silêncio é apenas uma manifestação de uma garantia muito maior, insculpida no princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório.

E reforça que do exercício do direito não pode advir nenhuma presunção de culpabilidade ou qualquer prejuízo para o imputado.[243]

---

[240] SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 291.

[241] HC 79244 – Rel. Min. Sepúlveda Pertence e outros julgados (v.g., HC 77.135, Galvão, 8.9.98; HC 75.527, Moreira, 17.6.97; HC 68.929, Celso, 22.10.91, RTJ 149/494; RE 199.570, M. Aurélio; HC 78.808, 9.3.99).

[242] CHOUCKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 3. ed. Rio De Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 101*:* "Como consequência, ainda de acordo com o e. STF, tem -se que ' O direito à informação da faculdade de manter-se silente ganhou dignidade constitucional contra a autoincriminação que a persistência planetária dos abusos policiais não deixa de perder atualidade. Em princípio, em vez de constituir desprezível irregularidade, a omissão do dever de informação ao preso dos seus direitos, no momento adequado, gera efetivamente a nulidade e impõe a desconsideração de toas as informações incriminatórias dele anteriormente obtidas, assim como das provas dele derivadas`(HC 78.708, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16/04/99)".

[243] LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013. p 645: "Como explica Ferrajoli, o princípio demo tenetur se detegere é a primeira máxima do garantismo processual acusatório, enunciada por Hobbes e recepcionada, a partir do século XVII, no Direito Inglês. Dele seguem-se, como corolários, na lição de Ferrajoli:

a) A proibição da tortura espiritual, como obrigação de dizer a verdade;

b) O direito de silêncio, assim como a faculdade do imputado de faltar com a verdade nas suas respostas;

c) A proibição, pelo respeito devido a pessoa do imputado e pela inviolabilidade de sua consciência, não só de arrancar a confissão com violência, senão também de obtê-la mediante manipulações psíquicas, com drogas ou práticas hipnóticas;

d) A consequente negação do papel decisivo das confissões;

e) O direito do imputado de ser assistido por defensor no interrogatório, para impedir abusos ou quaisquer violações das garantias processuais".

Em posição distinta, (e, com todo respeito, não compartilhada por nós e nem por boa parte da doutrina), Couceiro restringe demais o âmbito da garantia do direito ao silêncio, após expor as posições sobre o fundamento jurídico do direito ao silêncio[244].

Referido autor entende que o silêncio pode ser interpretado contra o acusado, fazendo um raciocínio que no conflito entre o interesse da sociedade (invoca o acesso à Justiça: *A lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito*...) e o do indivíduo em não prestar informações, prevalece o primeiro. Vai, referido autor, totalmente contra a doutrina e jurisprudência majoritária, vez que entende ser possível a extração de consequências negativas conta o réu que exercer o direito ao silêncio. [245]

Contrariamente, Albuquerque, além de todos os outros argumentos, aponta que tal posição atenta contra a integridade moral do ser humano, por isso, também, o direito ao silêncio. [246]

Já Thums, por seu turno, anota que o juiz não pode exercer nenhuma pressão no acusado em relação ao seu comportamento de não responder às perguntas.[247]

Conclui-se que do exercício do direito constitucional ao silêncio, nenhum prejuízo pode sofrer o acusado, lembrando sempre as palavras de Pitombo, para quem, além de o acusado não poder padecer nenhum prejuízo advindo do exercício regular de um direito, que também traz tal garantia o direito de falar por último.[248]

---

[244] COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 125-131.

[245] *Ibid*., p. 130.

[246] ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *A garantia de não auto-incriminação*: extensão e limites. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 73-74"Assim é que a simples obrigação de falar, e não apenas de falar a verdade, como pode parecer à primeira vista já atenta contra a integridade moral do ser humano. Daí a necessidade do direito ao silêncio ou, como preferimos, da prerrogativa de calar para conferir eficácia plena à garantia de não auto incriminação no cumprimento de seu mister de preservar a liberdade de consciência dos imputados".

[247] THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais – tempo – tecnologia – dromologia – garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 151: "O direito ao silêncio insere-se no plano do direito material, no direito à intimidade, que, por sua vez, enquadra-se entre os direitos que constituem atributo da personalidade. Significa dizer que o direito ao silêncio é regra imanente de outro princípio constitucional, que é o devido processo legal, que exige respeito a uma gama de garantias, onde se inclui o direito de ampla defesa, do contraditório e da presunção de inocência".

[248] PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Constituição da República e Processo Penal*. Disponível em: <www.sergio.pitombo.nom.br/files/word/const_rep.doc>. Acesso em: 28 out. 2016. Palestra proferida em outubro de 1995 na Justiça Federal de São Paulo. "Sintetizo o direito constitucional de permanecer calado. Aqui, acrescentaria, também, o direito à última palavra, quase que em contraposição. O direito ao silêncio, já existia, antes da vigente Constituição da República. Lembraria, até, estudo antigo de Francisco de Assis Serrano Neves, extraordinário advogado do Rio de Janeiro. Na história do processo penal, sempre, apareceu qual o direito de não ser forçado, tangido, a produzir prova contra si mesmo: "Nemo tenetur edere contra se". De qualquer sorte, agora temos dispositivo expresso: o direito de permanecer calado (art. 5º, inciso LXIII). A toda luz, não se pode, do exercício regular de um direito, tirar algo contrário, ou prejudicial, ao

3.8 DIREITO DE NÃO DECLARAR A VERDADE: INEXISTÊNCIA DO DEVER DE VERACIDADE PARA O ACUSADO. A MENTIRA DO ACUSADO

Assim se inicia a obra "A mentira nos tribunais" do Professor Luigi Battistelli, da Universidade de Roma:

> A verdade, a verdadeira verdade, não é nunca aquela que chega até nós. Por mim, convenci-me que a verdade não entra nas salas dos tribunais, nem mesmo nos processos de grande repercussão. Ela fica sempre pelas escadas, ou pelo caminho. [249]

O acusado tem o direito de audiência e, em audiência, o de ser ouvido por um juiz. Interrogado, perquirido, poderá ficar em silêncio, sem que este lhe cause qualquer gravame (*nemo tenetur se detegere* na sua forma de direito ao silêncio), bem como apresentar sua versão dos fatos (*nemo tenetur se detegere* e direito de defesa) sem ser prejudicado por isso, ou seja, por trazer ao juiz a sua versão dos fatos, ainda que entendida como inverídica, não pode ser penalizado por ela, além da pena prevista para o crime em eventual condenação.[250]

Amparado, pois, pela ampla defesa, poderá, se quiser, trazer a versão que entender melhor dos fatos ao juízo. É o exercício, como visto, da ampla defesa a modalidade autodefesa, ainda que se denomine de mentira.

Sem adentrar na questão filosófica da verdade e, consequentemente, da mentira[251], entendemos que tal discussão, se verdade ou mentira a versão do acusado apresentada ao juízo, absolutamente descabida e desnecessária, pois, repita-se, está ele,

---

exercente; senão restamos em processo Kafkniano. Quer dizer: ficou calado, como permitia a Constituição da República, ao ensejo do auto de prisão, em flagrante delito; mas, deveria ter se autodefendido, a tempo; logo, precisa receber condenação. Onde já se viu tanta lerdeza? Preso, esperou para dizer, frente ao Juiz, em aguardada liberdade de palavra, sua versão do fato. Isso, afinal, já não é indício de culpa? Ou, piormente, não teria o acusado estabelecido por via de tal negativo comportamento, presunção, logo à primeira hora, de culpa penal? É vergonhoso enxergar brotando raciocínios de tal espécie. Penso que ninguém deve padecer pelo exercício regular de direito, que a Constituição assegurou".

[249] BATTISTELLI, Luigi. *A mentira nos tribunais*: estudos de psicologia e psicopatologia judiciária. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1977. Nota preliminar.

[250] Neste sentido, vê-se que o STF, no HC 69.929, de 22.10.1991, reconheceu a prerrogativa processual do acusado negar, ainda que falsamente a prática da infração.

[251] Descabida porque além de acobertado pela ampla defesa e pelo *nemo tenetur se detegere,* a questão filosófica da verdade, conceito subjetivo, fortemente discutível, aberto e com vários significados, faz com que o juiz queira impor a sua verdade e a consequente mentira, sendo que o que realmente importará para o processo será a verdade obtida pela prova produzida, respeitado o devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Sinaliza, assim, ao nosso ver, um ponto de vista autoritário do Juiz que não condiz com o processo penal democrático previsto na Constituição Federal.

acusado, acobertado pelo seu direito de defesa e pelo *nemo tenetur se detegere*[252], não podendo ser penalizado por trazer sua versão defensiva, ainda que mentirosa, ao juiz.

No direito brasileiro não há sanção para a mentira dita pelo acusado, ao contrário de outras legislações que a punem com o perjúrio, igual ao falso testemunho, como uma forma de "contempt of court" (desacato ao juízo). Todavia, o art. 341 do Código Penal considera crime de autoacusação falsa, contra a administração da justiça, acusar-se, perante a autoridade, de crime inexistente ou praticado por outrem.

A inexistência do dever de dizer a verdade é, assim, decorrência do *nemo tenetur se detegere*. Por conta dele o juramento é afastado e, como consequência, o acusado deixa de ter que observar esse dever e, de outro lado, eventuais sanções que seriam impostas a ele por mentir são excluídas.[253]

Esse o entendimento dominante no direito pátrio.

Queijo anota utilizando doutrina estrangeira:

> Já Costa Andrade, embora não afirme peremptoriamente a existência do direito à mentira, traz lume citação de Castanheira Neves, que bem define a questão: 'o que ninguém exige, superadas que foram as atitudes degradantes do processo inquisitório (ao recusar ao réu a qualidade de sujeito do processo e a vê-lo apenas como meio e objeto de investigação), é o heroísmo de dizer a verdade auto incriminadora.[254]

De tal entendimento há, basicamente, duas variações. A saber, a primeira, que advoga que o réu tem sim o direito à mentira, exatamente por não poder ser punido por isso,

---

[252] QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova conta si mesmo*: o princípio *Nemo Tenetur Se Detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 277: "Indaga-se, assim, se se existe direto à mentira, por parte do acusado. Na doutrina portuguesa, Manuel Lopes Maia Gonçalves, salienta, a esse respeito que a questão não tem grandes repercussões práticas, na medida emque, em qualquer caso, será imexível do acusado o dever de verdade (Gonçalves, Manuel Lopes Maria, Código de Processo Penal Anontado, cit. P. 191).".

[253] Importante a distinção porque é tradição no direito anglo Americano que o acusado, mesmo protegido pelo nemo tenetur se detegere, caso queira falar prestará juramento. Nesse sentido QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova conta si mesmo*: o princípio *Nemo Tenetur Se Detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 275: "O juramento afeta a liberdade moral do acusado, compelindo-o a responder às indagações formuladas, com o risco de auto-incriminação". Em nota a autora citada complementa: "Por isso, na doutrina, de há muito, aponta-se a vedação ao juramento do acusado, para que não cometa perjúrio (Pereira e Souza, Joaquim José Caetano, Primeiras linhas sobre o processo criminal, cit. P. 162, e Sabatini, Guglielmo, Teoria dele prove nel diritto giudiziario penale, cit., v. 2, p. 323-325). Em contrapartida, considera-se que o juramento pode aumentar a credibilidade das declarações prestadas por ele. É o que se verifica no direito norte-americano. Ali se permite ao acusado submeter-se a juramento para testemunhar no próprio processo. Pretende-se, com isso, que as suas declarações assumam valor probatório relevante, adquirindo status diverso. Convivem, dessa forma, no mesmo ordenamento, o direito ao silêncio e o direito a submeter-se ao cross examination, com o dever de dizer a verdade".

[254] QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova conta si mesmo*: o princípio *Nemo Tenetur Se Detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 277.

sendo, pois, seu direito[255]. E outra que entende que o acusado tem o direito ao silêncio, mas não o de mentir, pois com isso tenta ludibriar o julgador, devendo, sim, ser punido por isso. [256]

Queijo, sobre a primeira corrente, cita Dias Neto, que lembra de Roxin.[257]

A autora, porém, não compartilha da ideia de um direito à mentira, aderindo ao entendimento majoritário, de que o direito ao silêncio abrange o direito de o acusado trazer

---

[255] QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova conta si mesmo*: o princípio *Nemo Tenetur Se Detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 279: Já Ramajoli reconhece que do nemo tenetur se detegere decorre não somente o direito ao silêncio, como também o direito de mentir, sem qualquer discriminação, seja a mentira sutil ou não . Do mesmo entendimento compartilha Maria Elisabetta Cataldo, que assinala que o acusado tem um verdadeiro e próprio direito de mentir, já que não presta juramento e não pode ser processado por falso testemunho. Sérgio Badellino afirma que a possibilidade de mentir, pelo acusado, advém da ausência de previsão do dever de colaborar. Citados por Queijo, Maria Elizabeth, O direito ... p. 278-279: Ramajoli, Sergio, La prova nel processo penale, cit. P. 12-13; Cataldo, Maria Elizabetta. Imputato e 'testimone assistito' nel processopenale francese (cit. P. 290). [...] Na doutrina espanhola, José María Asencio Mellado entende que há direito à mentira, na medida em que esse comportamento do acusado não pode ser sancionado ou dele se extraiam consequências prejudiciais. Mas aduz que o Tribunal poderá servir-se da mentira para averiguar a credibilidade geral das declarações do acusado (Mellado, José María Asencio, Prueba prohibida y prueba preconstituída, cit. P. 126-127). A autora cita no direito nacional Theodomiro Dias Neto, que "afirma a existência do direito à mentira, por parte do acusado, salientando, com suporte em Roxin, que da mentira também não podem ser extraídas consequências prejudiciais ao acusado, como indício de autoria e culpabilidade, ou mesmo o aumento da pena". No direito nacional, Bento de Faria e (Faria, Antonio Bento de, Cödigo de Processo Penal: Decreto Lei n. 3689, de 3 de outubro de 1942, cit. p. 288.).

[256] *Ibid*., p. 273 *et seq*.: "Mesmo reconhecendo que não havia, por parte do acusado, o dever de dizer a verdade, registram-se posicionamentos doutrinários que procuraram de alguma forma, extrair consequências prejudiciais ao acusado quando este faltasse com a verdade ou mantivesse uma postura reticente no interrogatório. Entre tais posicionamento, destaca-se a teoria do dever testemunhal do acusado formulada por Carnelutti. Sustentava-se, nesta ordem de ideias, que deveria ser imposto ao acusado o dever de testemunhar, ajudando-o a vencer a sua relutância à narrativa da versão verdadeira dos fatos. Isto porque se defendia uma função medicinal da pena e que toda intromissão na intimidade do acusado era justificada em seu benefício. Chegou-se mesmo a propor que a violação ao dever testemunhal, por parte do acusado, fosse incluída entre as circunstâncias agravantes da pena (Carnelutti, Francesco, Principi del processo penale, cit. P. 185). Outra teoria, que se opõe ao nemo tenetur se detegere, é a do ônus da verdade, de Foschini, pela qual se sustentava que o acusado tinha o ônus de dizer a verdade no interrogatório. Assim, se mentisse, ficava sujeito ao risco de o juiz extrair desse comportamento elementos de prova por presunção. Ou seja, do silêncio e de eventual mentira poderia ser extraída a presunção de culpa. Entretanto, como salienta Grevi, a referida teoria só poderia ter lugar em um sistema no qual não prevalecesse a presunção de inocência, porque estabelecia um ônus probandi ao acusado (Grevi, Vittorio, Nemo tenetur se detegere, cti. P. 44-46)". A autora também atenta para o destaque de Grinover, Ada Pelegrini (interrogatório do réu e direito ao silêncio, cit. P. 22-23), "Que destaca, a esse respeito, que não se pode admitir o ônus probandi em relação ao acusado no processo penal porque 'o princípio da verdade material significa exatamente que inexistem, no processo penal fatos que possam tornar-se incontroversos; a prova é indisponível e o juiz deve pesquisa-la acima da aquiescência das partes'; e existe, no campo penal, o princípio in dubio pro reo".

[257] *Ibid*., p. 279. A autora cita no direito nacional Theodomiro Dias Neto, que "afirma a existência do direito à mentira, por parte do acusado, salientando, com suporte em Roxin, que da mentira também não podem ser extraídas consequências prejudiciais ao acusado, como indício de autoria e culpabilidade, ou mesmo o aumento da pena".

aos autos sua versão, ainda que inverossímil, não podendo ser punido por isso, mas que não chega a ser um direito, segundo ela.[258]

E adverte que além de afastar as sanções ao acusado por mentir, o *nemo tenetur se detegere* também impede que se extraia consequências prejudiciais a ele por faltar com a verdade no interrogatório. O mesmo valendo para o caso de o acusado manter uma postura reticente:

> Contudo, 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. O mesmo se diga se o acusado mantiver uma postura reticente.[259]

Caso se manifeste no interrogatório e não exerça o direito ao silêncio, está se defendendo, exercendo o direito de defesa e não é obrigado a se auto incriminar, não podendo ser punido por isso e nem daí se extrair consequências negativas, independente se possui direito a mentira ou não.

Suas alegações estão, pois, acobertadas por essas duas garantias.

Com todo respeito a posição da autora e da doutrina que compartilha da mesma posição, se não é penalizado por eventual mentira, ao menos nos parece razoável dizer que tem sim o direito de mentir (claro, desde que não impute a crime a outrem, sem se defender).[260]

O acusado tem, além do direito ao silêncio, o direito de mentir sem ser penalizado por isso. Por mais que soe estranho falar em direito à mentira, a hipótese é tratada como exercício do direito de defesa, sendo este o enfoque, vez que é seu direito trazer sua versão ao processo, por mais inverossímil que seja.

Saad esclarece, com base em Grinover e Dias Neto que

---

[258] *Ibid*., p.279-280. A autora se refere e cita o HC: 68.929, j. 22-10-1991, RTJ 141/512. – "No ordenamento brasileiro, embora não se reconheça propriamente a existência do direito à mentira, o que se mostra acertado, não foram previstas sanções para o acusado que falta com a verdade. A esse respeito, concluiu o Supremo Tribunal Federal que, no direito ao silêncio, tutelado constitucionalmente, inclui-se a 'prerrogativa de o acusado negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal. As restrições impostas estão tipificadas no artigo 341, do Código Penal, que incrimina a autoacusação falsa, punindo aquele que, perante a autoridade, venha a acusar-se de crime inexistente ou praticado por outrem; no delito de denunciação caluniosa e no de calúnia, quando houver imputação falsa de delito a outrem".

[259] *Ibid*., p.279-280

[260] Nesse sentido SAAD, Marta. Assimilação das finalidades da pena pela prisão preventiva. *Revista Eletrônica de Direito Penal*, Rio de Janeiro, ano 1, v. 1, n.1, jun. 2013. E NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

> "O acusado, ainda que informalmente acusado, não tem qualquer dever de fornecer elementos de prova que possam incriminá-lo. Assim, ele pode calar-se ou até mentir, sendo a mentira um direito seu". [261]

Como não há no ordenamento jurídico pátrio o crime de perjúrio (para alguns, como por exemplo no caso do juiz prolator de uma das decisões comentadas no capítulo cinco, infelizmente não há o perjúrio), é garantido ao acusado não só o direito ao silêncio, como o de dar sua versão dos fatos, que podem ou não ser verdadeiras, o que é perfeitamente amparado pela ampla defesa, não podendo ele ser penalizado por isso. Tem, pois, direito de mentir.

Nucci compartilha do mesmo entendimento: tem o direito de mentir.[262]

Há quem entenda que há limitação a esse direito ao silêncio (compreendida a mentira), que seria quanto aos dados da sua pessoa (qualificação para o interrogatório). Porém, a doutrina cita casos em que, mesmo nestas hipóteses, poderá haver confronto com o direito de não se auto incriminar, por exemplo, quando os dados da qualificação puderem incriminá-lo.[263]

Ainda no âmbito do *nemo tenetu se detegere*, a afirmação de que o réu teria mentido e, por isso, deve ser penalizado, vai totalmente contra o princípio analisado, prevalecendo a posição do STF, já mencionada.

Com efeito, em nosso ordenamento jurídico, diferente de alguns países da tradição anglo saxã, o réu além do direito ao silêncio, poderá apresentar sua versão dos fatos e, caso não seja acolhida na sentença tal versão, não pode jamais ser sancionado por isso, pois caso seja, de nada valeria tal direito, a presunção de inocência e, mais ainda, a garantia da ampla defesa. Conforme observa Greco Filho[264], não há penalidade para a mentira aqui, diferente de outros ordenamentos que punem esta conduta como o falso testemunho.

Para Delmanto, citando Azevedo:

> A nosso ver, o acusado que, na polícia ou em juízo, se auto acusa de crime inexistente ou praticado por outrem, para se defender de outro delito que lhe é imputado, não comete o crime deste art. 341 do CP, em virtude das

---

[261] SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 298.

[262] NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

[263] SAAD, Marta. *op.cit*. p. 299, em que cita tal hipótese como crítica a eventual limitação ao direito ao silêncio.

[264] "No direito brasileiro não há sanção para a mentira dita pelo acusado, ao contrário de outras legislações que punem o perjúrio, igual ao falso testemunho, como uma forma de 'contempt of court' (desacato ao juízo)". GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 239.

> garantias constitucionais do direito ao silêncio, (CR, art. 5.º, LXIII e § 2.º), de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a confessar (PIDCP, art. 14, 3, g) ou de declarar-se culpado (CADH, art. 8.º, 2, g). Como lembra David Teixeira de Azevedo, "o faltar à verdade equivale a silenciar sobre ela, omiti-la", pois, "sob o plano ético-axiológico, como adequação da coisa à escala valorativa... O que é mais valioso tem precedência ontológica sobre o menos valioso ("O interrogatório do réu e o direito ao silêncio" , RT 682/288).[265]

Além da expectativa da punição durante o processo, quando exercer seus direitos, caso haja condenação o acusado, além da pena decorrente do crime, também será penalizado, ilegal e indevidamente, no mais das vezes, por comportamentos no curso do processo, direitos que lhe são garantidos. Sofre, ao final ou até durante o processo, consequências penais decorrentes de seu comportamento e não apenas pelo crime que eventualmente tenha cometido, afastando-se do direito penal do fato e aplicando o direito penal do autor. Isso vai contra a orientação do STF e a doutrina.

Ainda que se entenda que não há direito de mentir, não pode o réu ser penalizado, caso o faça, por absoluta falta de previsão legal no sistema e, mais que isso, por uma incompatibilidade estrutural do próprio sistema.

O acusado tem o direito ao silêncio. Mais que isso. Tem o direito de apresentar a versão que pretender ao Juízo. É o direito de defesa na modalidade autodefesa. E ainda que se possa falar em "mentirosa" sua versão, não poderá ser penalizado por assim ter agido.[266]

Desta feita, o STF entendeu que há um alcance da garantia para além do direito ao silêncio, se posicionando no sentido de que o acusado não pode ser prejudicado pelo

---

[265] DELMANTO, Celso, e outros. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2016.

[266] RAMOS, André de Carvalho. Limites ao poder de investigar e o privilégio contra a autoincriminação à luz do Direito Constitucional e do Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flavio (Coord.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 20: "É polêmica a existência de um direito de mentir, como subproduto do direito a não produzir prova contra si mesmo. Parte fulcral da questão está em saber se o acusado, após ter decidido prestar declarações, tem o dever de dizer a verdade, ou pode mentir. Nesse ponto, é induvidosa a diferença de natureza entre calar a verdade (silêncio) e mentir, não podendo uma ser extraída da outra. Destarte, não há quanto ao direito à mentira uniformidade que existe referente ao direito ao silêncio. Pelo contrário, mesmo em sistemas em que o acusado não presta juramento, há doutrinadores que defendem a existência de um dever de colaboração com a justiça. Nos Estados Unidos, a regra é simples: caso o acusado decida, sempre se respeitando as regras Miranda, prestar declarações, pode ser processado penalmente por perjúrio (se mentir). Em sentido contrário, vê-se que o próprio Beccaria criticava a obrigação do acusado em dizer a verdade, pois a natureza humana o impelia ao contrário, a calar ou negar a verdade. Citem-se as palavras do autor: 'Outra contradição entre as leis e os sentimentos naturais é exigir de um acusado o juramento de dizer a verdade, quando ele e tem o maior interesse em calá-la. Como se o homem pudesse jurar de boa-fé que vai contribuir para sua própria destruição! Como se, o mais das vezes, a voz do interesse não abafasse no coração humano a da religião!"

exercício do seu direito ao silêncio, bem como por apresentar sua versão dos fatos, mentirosa ou não. Ou seja, não se pune eventual mentira do acusado.[267]

Bottino esclarece a evolução e o conteúdo dos votos dos então ministros à época, anotando que:

> Assim, o Ministro Celso de Mello expande a garantia do silêncio para abarcar também a falsa negativa e a protege de valorações negativas, envolvendo – a com o manto da inviolabilidade da defesa.
> Se o direito de mentir está compreendido no devido processo legal , não se pode prejudicar o réu que haja optado por seguir, justamente, o procedimento estabelecido em lei como o correto. Segue daí que a majoração da pena em razão da mentira do réu violaria o devido processo legal, não o oposto.[268]

Continua seu raciocínio ao comentar o voto de outro ministro:

> A segunda tese interpreta o direito constitucional brasileiro a partir da norma similar mencionada na tradição latina (nemo tenetur se detegere) que o Ministro considera ser igual à norma constante da constituição dos Estados Unidos da América. Ocorre que, como visto anteriormente , a suprema Corte daquele país construiu para o texto constante da 5ª emenda a Constituição um significado mais restrito do que aquele retratado pelo Ministro Celso de Mello em seu voto:
> " Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal. The right to remain silente – consoante proclamou a suprema Corte dos Estados Unidos da América em MIRANDA v. ARIZONA (384 U.S.436) – insere – se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal. E nesse direito ao silêncio inclui – se, até mesmo por

---

[267] " O privilégio contra a autoincriminação traduz direito público subjetivo, da estrutura constitucional, deferido e expressamente assegurado, em favor de qualquer indiciado ou imputado, pelo art. 5º, inciso LXIII, da nossa carta Política. Com o seu mais expresso reconhecimento, constitucionalizou-se uma das mais expressivas consequências derivadas da cláusula do 'due process of law'. Qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o 'direito de permanecer calado'. Esse direito – que se reveste em valor absoluto – é plenamente oponível ao Estado e aos seus agentes. Atua como poderoso fator de limitação das próprias atividades penais – persecutórias desenvolvidas pelo Poder Público (Polícia Judiciaria, Ministério Público, Juízes e Tribunais). A cláusula constitucional referida consagrou, nesse contexto, o velho postulado – já acolhido na Quinta Emenda do 'BILL OF RIGHTS' norte – americano (1791) – segundo o qual ' *nemo tenetur se detegere'*. Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal. 'the right to remain silent' – consoante proclamou a Suprema Corte dos Estados Unidos da América em Miranda v. Arizona (384 U.S. 436) – 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 negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a pratica de ilícito penal. Sendo assim, tal circunstância não pode ser considerada por qualquer Juízo ou Tribunal – até mesmo por essa Suprema Corte – no processo de fixação da pena – base (grifos do original)". – outro julgado: "Assente a jurisprudência do Tribunal em que o comportamento do réu durante o processo, na tentativa de defender-se, não se presta a agravar-lhe a pena (cf. HC 72.815, 5-9-1995, Moreira Alves, DJ de 6-10-1995): garantia que decorre da CF, ao consagrar o princípio nemo tenetur se detegere" (CF/1988, art. 5., LXIII). [HC 83.960, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 14-6-2005, 1. T, DJ de 1.-7-2005.

[268] BOTTINO, Thiago. *O Direito ao Silêncio na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 122.

> implicitude, a prerrogativa processual de negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judicial, a prática do ilícito penal. [269]

Seguindo a linha do Ministro Celso de Mello, assim manifestou – se o Ministro Sepúlveda Pertence:

> A afirmação de que o acusado negou falsamente o crime é estarrecedora, não só pelo princípio constitucional recordado pelo Ministro Celso de Mello, do *nemo tenetur se detegere*, como, porque, o contrário, a confissão espontânea do crime é que é atualmente : e a inexistência de uma atenuante não pode converter – se em circunstância judicial desfavorável ao réu na fixação da pena de base.[270]

Para o STF, portanto, quer seja pelo nemo tenetur se detegere e direito ao silêncio, que tem seus efeitos estendidos para alcançar eventual mentira do acusado, bem como seu comportamento reticente, quer pela cláusula do due processo of law, não se pode extrair consequências negativas para prejudicar o acusado, quaisquer que sejam elas, desde a punição direta pela mentira ou, ainda, ter a pena majorada.[271]

Assim, eventual mentira ou reticência do acusado em audiência não podem ser consideradas indícios de autoria e culpabilidade, levar a um agravamento da pena e nem servir de parâmetro para avaliação da personalidade e conduta do acusado, em sede de fixação da pena.[272]

---

[269] BOTTINO, Thiago. *O Direito ao Silêncio na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 122, tece o seguinte comentário sobre o voto citado:"É interessante verificar que mesmo o autor do mais elaborado voto acerca do direito de não se auto – incriminar não faz qualquer referência à doutrina ou jurisprudência brasileiras. Aos que hoje leem esse acórdão do Supremo Tribunal Federal parece que nenhum processualista pátrio já publicara trabalho acadêmico sobre o alcance ou significado do dispositivo constitucional brasileiro, nem nenhuma corte infraconstitucional manifestara – se acerca da impossibilidade de se considerar negativamente, para efeito de fixação de pena , a falsa negativa de autoria de crime pelo réu".

[270] *Ibid*. p. 122.

[271] QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova conta si mesmo*: o princípio *Nemo Tenetur Se Detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 280. "A eventual mentira e a reticência do acusado não poderão ser valoradas pelo juiz, como indícios de culpabilidade, porque nada mais são do que expressão do direito a não se auto incriminar. A vinculação da mentira e da reticência do acusado à culpabilidade associa-se, indubitavelmente, à ideia de que o inocente tem todo interesse em dar diretas e amplas explicações sobre o fato delituoso e de que, aquele que mente ou mantém uma postura reticente, no interrogatório, o faz porque não tem elementos a aduzir em sua defesa. Tal posicionamento, além de confrontar diretamente com o nemo tenetur se detegere, é contestado amplamente pela psicologia judiciária".

[272] Ibid., p.280.

4 O CÁLCULO DA PENA

É na pena que se concretiza o mal aplicado pelo Estado ao criminoso, infrator da lei penal, assim considerado aquele que violou a norma, ou lesionou ou colocou em perigo um bem jurídico penalmente tutelado.

E por ser a pena a face mais dura, pesada e violenta do poder punitivo, escancarando a força do poder punitivo estatal, que invade a esfera privada do indivíduo e lhe retira a liberdade, aplicando a lei penal, por meio do processo, está ela também e especialmente submetida à estrita legalidade.

Nem sempre foi assim.

Se hoje a pena privativa de liberdade é vista como violenta – e o é – no decorrer da história, outras penas muito mais violentas e cruéis haviam. Tome-se como exemplo que a pena privativa de liberdade, a mais grave entre nós hoje, nem pena era na idade média, período que tinha pena de morte e o açoite. Enquanto o réu aguardava ser torturado para confessar a verdade, ficava preso na cela, ouvindo os gritos e vendo os instrumentos de tortura. Essa era a prisão que atualmente se tornou a pena privativa de liberdade.

Algumas críticas sobre o atual sistema de pena no Brasil serão tecidas.

A respeito do delito, a dogmática evoluiu muito e continua a evoluir, não ocorrendo o mesmo com a pena, em que pesem opiniões contrárias, no sentido de que mesmo com a evolução das teorias sobre a pena, com base na dogmática penal, na prática o que há ainda lembra e muito condições arcaicas, medievais.[273]

O tipo de pena não é tão estudado como o tipo de delito.

---

[273] MARQUES, Oswaldo H. Duek. *Fundamentos da pena*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 1. "Apesar das recentes teorias sobre a pena, baseadas nos estudos mais progressistas no âmbito do direito penal, do ponto de vista prático a pena traz consigo as conotações arcaicas da realidade mítico-cultural da vingança e do castigo, que, longe de legitimarem o sistema penal, impedem que a pena possa atingir as pretendidas finalidades preventivas e socializadoras. De tempos em tempos, os homens estão fadados a explicar em suas concepções não só sentimentos, como também comportamentos arcaicos, incompatíveis com a racionalidade do pensamento da época em que vivem. Tal fenômeno, sem dúvida, exerce a influência nas práticas penais, como expressão de estruturas arquetípicas, componentes do inconsciente coletivo. A ideia primitiva de vingança, oriunda de épocas remotas, permanece intocável, mesmo diante das recentes teorias progressistas e humanitárias, que advogam uma intervenção estatal punitiva, com limitações traçadas pelos direitos e garantias fundamentais".

Salvo raras exceções, as próprias sentenças criminais desvalorizam a aplicação da pena.

O contexto histórico (iluminismo e contratualismo) da pena tal como conhecemos pode partir do iluminismo, com Beccaria, pena vista como vingança estatal, mas deveria se humanizar, segundo ele. Conceitos de Beccaria, descritos por Focault (Vigiar e punir) até hoje não são superados.

A legitimidade do sistema de penas é questionada na atualidade. Uma racionalização do sistema de penas poderá representar uma evolução.

Não há o mínimo de coerência e harmonia no sistema, pois de que adianta toda uma teoria do crime bem desenvolvida, evoluída, se após, quando aplicada a teoria do rime no processo e houver a execução da pena, ela não é observada, não cumprindo suas pretendidas finalidades.[274]

Uma racionalização deveria partir de uma análise das situações de necessidade ou não da pena privativa de liberdade.

Temos, é verdade, um critério de substituição (artigo 44 e seguintes do Código Penal), mas foi idealizado sobre um sistema incoerente.

Um sistema mais coerente deve ter um estudo sobre a correlação criminoso, crime e pena, com dados valorativos, criminológicos, sociológicos etc. Não há nada disso.

A prisão é sim necessária, mas somente para os casos estritamente imprescindíveis, e saber quais esses casos é que poderia contribuir para uma racionalização no sistema de penas, além, também, das condições das prisões brasileiras, deploráveis, verdadeiras masmorras medievais, que não reeducam, nem ressocializam o detento.

A pena, remontando à escola clássica e positiva deveria ser adequada ao delito e à pessoa. Adequada ao tipo concreto, mas isso choca-se com o garantismo.

Ainda assim, é isto que está no artigo 59, do Código Penal.

---

[274] TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena*: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015. Aponta o autor: "No Brasil, já não são poucas as vozes que se levantam contra a natureza dos critérios de fixação da pena atualmente previstos em nosso Código Penal e contra o domínio de m amplo subjetivismo do magistrado na determinação da sanção criminal no caso concreto. Percebe-se, ainda, um comportamento vacilante da jurisprudência nesse âmbito, e não raros são os erro crassos em que incorre, como a violação da proibição da dupla valoração".

Referido artigo, que traz as circunstâncias judicias, das quais o presente trabalho se aterá à personalidade do agente, traz oito critérios, o que acaba por torna-lo sem critério.

O princípio norteador da aplicação é o da legalidade, mas não é atendido, bem como a proporcionalidade, a individualização, a humanização das penas (proibição de certas penas), também princípios, mas que não são observados.

A teoria retributivista construiu a culpabilidade como limite da pena, não podendo a pena ser superior a culpabilidade do agente. Ideia de prevenção, limitador da pena, adotado pelas teorias da prevenção.

Vemos, ainda, um mesmo critério como critério de aplicação da pena (artigo 59, do Código Penal) e de imputação (artigo 59, do Código Penal): "[...] na medida da sua culpabilidade". E se também é critério de imputação, poderá haver pena abaixo do mínimo legal.

A culpabilidade como limite da pena é vista por muitos como um critério muito liberal, mas o meio mais coerente (Roxin). Já Hassemer defende a proporcionalidade.

Diante de tais críticas, conclui - se que não há um sistema coerente de penas no Brasil.

Retomando ao que foi mencionado no início, é comum afirmar-se que houve uma grande evolução na dogmática penal relacionada à teoria do crime, porém, em relação à pena, pouco se viu evoluir nesse campo, que é onde realmente ocorre a concretização do poder punitivo. É neste momento processual, na aplicação da pena, que o Estado Juiz, com base na prova produzida no processo, analisa o fato e o autor (sempre o relacionando ao fato concreto) e lhe inflige a pena. Núcleo, pois, do sistema punitivo, não pode ficar a mercê de palavras vagas, abertas, discutíveis, especialmente em outro campo do conhecimento que não o direito, como é o caso do critério personalidade. Tal como está, referido critério, subjetivo, representa uma brecha no sistema que fere a legalidade estrita e a segurança jurídica que dela se espera.

Quando se intitula consequências penais do comportamento do acusado, título deste trabalho, remonta-se a este momento, qual seja, da aplicação da pena, que é a concretização do poder dever de punir do Leviatã, manifestado no processo, ou seja, a consequência penal do comportamento do acusado se verifica na concretização da sanção criminal, motivo pelo qual a estrita legalidade deve, aqui também, ser observada.

Mas não é o que ocorre com o uso do critério personalidade.

O princípio da legalidade, como também já mencionado, é garantia de legalidade estrita dos crimes e das penas: *nullum crime nulla poena sine lege*.

De suma importância, pois, sua observância estrita especialmente na concretização da sanção criminal, no cálculo do tempo da liberdade do cidadão da qual será privado.

O ordenamento jurídico pátrio consolidou o sistema trifásico de aplicação da pena, expresso no artigo 68, do Código Penal, meio pelo qual se concretiza, também, o princípio e garantia constitucional de individualização da pena.

Antes, porém, oportuno lembrar que, em que pese a aparente e anunciada legalidade estrita, ainda assim o sistema deixa lacunas para a abstração e subjetivação, pois o artigo 59, do Código Penal, que traz as circunstâncias judiciais, principal momento da aplicação da pena e de onde parte o juiz na concretização da sanção, prevê alguns critérios demasiadamente amplos, vagos, abertos demais, em que se deixa espaço no sistema para arbitrariedades do julgador e distanciamento do direito penal do fato, aproximando-se, na realidade, de direito penal do autor.

Sob o argumento de se operar uma individualização da pena, princípio constitucional, viola-se outro princípio, o da legalidade, na vertente da lex certa, do tipo penal da aplicação da pena como garantia contra excessos.

Aproxima-se de um subjetivismo exagerado em detrimento do racionalismo, que deve orientar a aplicação da pena.

O sistema trifásico, portanto, é entendido como o sistema pelo qual, na primeira fase, o julgador aplica as denominadas circunstâncias judiciais, estampadas no artigo 59, do Código Penal. Depois, na segunda fase, aplica eventuais circunstâncias agravantes e atenuantes, previstas nos artigos 61 e 65, do Código Penal e, por fim, observa as causas de aumento e diminuição, estas previstas tanto na parte geral como especial.

É na primeira fase, chamada de circunstâncias judiciais, que se deterá o trabalho e, mais especificamente, na circunstância "personalidade" do agente que se mostra um critério subjetivo, pessoal, que remonta ao direito penal do autor, dando grande margem de discricionariedade ao julgador por ser vago, indefinido, deixa o tipo aberto demais e serve

como verdadeira válvula de escape da legalidade, abrindo um campo de arbitrariedade para se majorar penas.

Por meio de tal critério, portanto, ao invés de se limitar o Leviatã, ele aumenta, cresce e se manifesta, escapando das amarras da legalidade e da garantia.

Partindo de tais premissas, o julgador utiliza-se das circunstâncias judiciais do artigo 59 e fixa a pena base. Utiliza o subjetivismo e sai da racionalidade.

Ainda que imprescindível a fundamentação de cada critério com base no caso concreto e dados obtidos em prova licitamente produzida, o critério da personalidade, objeto central deste estudo, é vago, muito amplo, subjetivo e, nem mesmo no campo da psicologia, possui unanimidade de definições.

Toledo praticamente diz ser impossível definir personalidade, vez que nem os experts da área o fazem, citando um psicólogo que compartilha da mesma posição.[275]

Referido critério deixa o tipo penal aberto demais, dando uma grande margem de discricionariedade ao julgador, o que representa um perigo, pois poderá se exceder e ferir a legalidade, atingindo, por vezes, o cidadão por seu modo de vida, por sua personalidade, suas características, independente do fato que o levou a julgamento.

O Direito penal do autor acha espaço para entrar no ordenamento e afastar o direito penal do fato.

Quer se dizer que é uma válvula de escape para a aplicação do direito penal do autor, ou até um resquício dele em nosso código, o que vai contra o direito penal da culpa, do fato, com base na estrita legalidade e culpabilidade.

---

[275] TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 253: "Não acreditamos que penalistas pretendem construir conceitos dogmáticos de caráter, personalidade etc., usurpando o ofício dos psicólogos. E se quiserem recorrer a estes últimos, eis a surpresa que lhes poderá estar reservada: 'casi todos los conceptos y términos empleado em psicologia son muy discutidos. Se han escrito libros enterros em torno a la definición de términos como instinto, inteligência o emocion e incluso em nuestros dias existen diferentes ideas, oncepciones e definiciones entre los psicólogos. Pero pocos términos son objeto de definiciones tan diferentes como él de personalidade. Casi cada uno de los autories que escriben sobre este tema da su própria definición, su próprio punto de vista, su método proprio y su concepcion personal de lo que deberia ser el objeto de la investigación sobre la personalidade. Sería insensato pretender dogmatizar em um campo em él que exiten tantas discrepancias'(H,J, Eysencck, Delinquencia y personalidade, p, 21). Note – se que o autor citado é professor de psicologia na Universidade de Londres, diretor do Laboratório de Psicologia do Instituo de Psiquiatria e psicólogo dos hospitais Bethlen Roya e Maudsley de Lobdres".

O critério da Personalidade, portanto, fere a legalidade estrita por ser subjetivo e extremamente vago e amplo, afastando a função do tipo penal como garantia, a seguir analisado.

Merece atenção, por fim, o trabalho de Teixeira, ao apontar que a personalidade do agente e sua conduta social, por estarem longe do direito penal do fato, deveriam ser suprimidas. [276]

Após análise aprofundada do tema, tira algumas conclusões para que o sistema de penas brasileiro possa ser melhor estruturado, citando, como primeira conclusão, um abandono ao subjetivismo, traço marcante do atual sistema, entre outros.[277]

---

[276] TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena*: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 138: "Por outro lado, já se pode dizer que a personalidade do agente e sua conduta social são as circunstâncias judiciais que se mostram mais distantes do modelo de aplicação da pena proporcional ao fato. De lege ferenda, o ideal seria suprimir esses fatores da determinação judicial da pena, como pretende o projeto de Reforma do Código Penal (PSL 236/2012). De lege lata, como alternativa à proposta mais radical de declarar a inconstitucionalidade desses elementos no art. 59, vislumbra-se apenas a possibilidade de atribuir a relevância à personalidade do agente e à sua conduta social enquanto fatores que possam eventualmente indicar uma culpabilidade sticto sensu menos intensa. Por exemplo, na hipótese de o sujeito viver sobre condições de miserabilidade ou de extrema vulnerabilidade física ou social, ou seja, em situações próximas ao estado de necessidade. No entanto, deve - se evitar admitir uma atenuante de culpabilidade generalista, apenas baseada na biografia do autor. Uma culpabilidade menos intensa deve ser detectada quando dados concretos dessa biografia estejam relacionados com as circunstâncias do fato definitivo e, portanto, sejam capazes de normativamente influenciar a apreciação do crime. Não se trata, portanto, de verificar se a situação de vulnerabilidade causou ou contribuiu para a prática do delito, como uma ingênua criminologia etiológica poderia pleitear, mas de analisar se tal situação merece compreensão por parte da comunidade jurídica, normalmente nas hipóteses em que o próprio Estado revela-se responsável (por ação ou omissão) pela situação do autor.

I. [277] TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena*: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p.179.

II. O direito penal brasileiro como um todo – lei, jurisprudência e ciência -, tende a privilegiar fatores subjetivos, ligados à pessoa do agente e descolados do injusto culpável, na determinação da pena. Urge reverter essa tendência.

III. As tradicionais teorias da aplicação da pena, desenvolvidas sobretudo na Alemanha na segunda metade do século passado, mostraram-se prenhes de insuficiências. Fundamentalmente, tanto a teoria do espaço livre quanto a teoria dos níveis pecam por permitir fatores de prevenção influam na determinação judicial da pena. Por sua vez, a teoria de retribuição da culpabilidade malogra por permanecer atrelada a uma concepção retributivista da pena, sem, contudo, distanciar-se das resultados a que chegam a doutrina e jurisprudência dominantes, adeptas da teoria do espaço livre.

IV. A teoria da proporcionalidade pelo fato apresentar-se como o modelo de aplicação da pena mais adequado aos princípios fundamentais que limitam o poder punitivo do estado. A despeito de sua origem no retributivismo anglo-americno e sua famosa fundamentação baseada numa teoria expressiva, um modelo de aplicação da pena proporcional ao fato é plenamente compatível com uma concepção que justifica a existência da pena na finalidade de prevenir delitos através da ameaça sancionatória. Seu verdadeiro fundamento decorre da rígida observância dos limites jurídicos-penais próprios de um Estado de direito: os princípios da culpabilidade e da legalidade. O princípio da culpabilidade proíbe fatores que o autor não poderia conhecer ou evitar sejam considerados na determinação da pena. O princípio da legalidade, por sua vez, exige que o autor possa, com o apoio da lei, antever e vislumbrar a sanção que lhe será imposta. Ambos os requisitos só podem ser preenchidos por meio de uma valoração retrospectiva da realização do fato típico.

4.1 O TIPO COMO GARANTIA. LEGALIDADE NA APLICAÇÃO DA PENA

A necessidade de segurança jurídica se faz sentir de forma mais intensa no direito penal, na medida em que é preciso proteger o cidadão do arbítrio do Estado no exercício do direito de punir, sob pena de instauração de um verdadeiro regime de terror, de todo incompatível com a dignidade da pessoa humana.

Essa preocupação já está clara, pelo menos desde a obra de Beccaria, quando este verifica criticamente "a sorte de um cidadão mudar várias vezes, ao passar por diversos tribunais" e "a vida dos miseráveis ser vítima de falsos raciocínios ou do atual fermento dos humores de um juiz."[278]

Desde então, diversas conquistas relacionadas à segurança jurídica no campo jurídico-penal, como, por exemplo, a consolidação do Princípio da Legalidade[279] e o desenvolvimento dogmático ocorrido especialmente a partir de escola técnico-jurídica[280] permitiram um grande desenvolvimento dos mecanismos de garantia do cidadão contra o arbítrio e a opressão.

No entanto, ainda hoje o problema da insegurança jurídica se impõe ao observador atento de nossa realidade social. À persistente questão da arbitrariedade judicial, combatida desde o Iluminismo, veio se somar uma inflação legislativa sem precedentes, dominada pela manipulação midiática da opinião pública, com evidente amesquinhamento das relações políticas.[281]

Por outro lado, o frequente abandono da razão como critério de resolução dos problemas jurídicos concretos, em favor da mera imposição da solução ideológica que, de

---

[278] BECCARIA, Cesare Marchesi di. *Dos delitos e das penas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. Ver, ainda, CÂMARA, Guilherme Costa. Beccaria e o pensamento jurídico-criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.11. n.44. p.301-35. jul./set. 2003.

[279] BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro***.** Rio de Janeiro: Revan, 2005. p.67: como afirma este autor, "o princípio da legalidade, base estruturalde direito, é também a pedra angular de todo direito penal que aspire à segurança jurídica, compreendida não apenas na acepção da "previsibilidade da intervenção do poder punitivo do estado", que lhe confere Roxin, mas também na perspectiva subjetiva do "sentimento de segurança jurídica" que postula Zaffaroni". Ver também: REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito***.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.163 *et seq*.; VASSALI, Giuliano. *Novíssimo digesto italiano.* Torino: UTET, 1995. p. 493 *et seq*.; e TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal.* São Paulo: Saraiva, 1994.

[280] Cf. FIORE, Carlo. *I presuposti culturali e istituzionali del diritto penale vigente.* Torino: UTET, 1993. SPIRITO, Ugo. *Storia del diritto penale italiano.* Torino: Fratelli Bocca, 1932.; e SÁINZ CANTERO, José A. *La ciência del derecho penal y su evolución.* Barcelona: Bosch, 1970.

[281] Cf. Diagnóstico preliminar dos sitema penal brasileiro e primeiras propostas para sua refomulação da comissão de reforma do sistema penal instituída pela portaria do Ministro da Justiça n. 531 de 29.09.1999.

forma absolutamente subjetiva e casuística, se julga mais justa, certamente não tem colaborado para a formação de uma verdadeira jurisprudência.[282]

Em resumo: abandonam-se as referências teóricas capazes de garantir um adequado grau de segurança jurídica e sofrem-se as consequências.

Não bastassem os fatores genéricos de promoção da insegurança jurídica em nossa sociedade, é de se notar que na aplicação do Direito Penal enfrentamos uma dificuldade adicional, decorrente da aparente contradição entre a natureza do crime em sua realidade social e a necessidade científica de decompô-lo em elementos típicos, para compreender os diversos aspectos da conduta criminosa.

Em nossa realidade cultural a dificuldade se acentua, pois nem sempre aquele que se propõe a aplicar o Direito Penal tem a exata consciência da necessidade de compreensão da realidade subjacente ao tipo penal.

Em decorrência dessa falta de consciência, torna-se praticamente impossível compreender as implicações decorrentes da estrutura complexa do tipo penal. A interpretação deste, baseada na mera exposição isolada dos seus elementos típicos, configura-se como um exercício de ficção científica na medida em que totalmente dissociada da realidade.

O bem jurídico da segurança do indivíduo depende da estrutura típica da ordem jurídica como um todo, inclusive dos institutos da parte geral, ou seja, importam todas as suas manifestações. Esse o entendimento de Greco Filho .[283] Preocupa ainda, nesta seara, a tendência de surgimento de leis repletas de conceitos abertos e indeterminados, de inflação legislativa, de sua má qualidade técnica, em detrimento da segurança jurídica, e de dispensa pelos Tribunais do exame de peculiaridades, sob o pretexto da observância da tipificação. No caso específico, não apenas de leis penais incriminadoras, mas a aplicação da pena é o que preocupa.

A legalidade, segurança, é tanto para os crimes como para as penas.

---

[282] Cf. REALE JÚNIOR, Miguel. *Revista Ciências Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

[283] GRECO FILHO, Vicente. Tipicidade, bem jurídico e lavagem de valores. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antônio Marques da (Coord.). *Direito Penal especial, processo penal e direitos fundamentais:* visão luso-brasileira. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006. p. 149-159.

Oportuno frisar que a função garantidora do tipo penal, especificamente neste ponto, em relação à aplicação da pena, para que seja observada, importa aplicar a tipicidade material e não a meramente formal.

Explica-se: o artigo 59, do Código Penal, ao mencionar a personalidade como um de seus critérios judiciais na primeira fase de aplicação da pena, critério amplo, aberto demais, poroso e subjetivo, dá margem a arbitrariedades judiciais (como por exemplo a exasperação da pena por ter o téu mentido, ou ser arrogante, para ficarmos nos casos que mais chamam a atenção), não podendo ser aplicado tal critério, ainda que legalmente previsto, como se defenderá adiante. Ou seja, não basta a mera tipicidade formal aqui também, sendo imprescindível a tipicidade material ou substancial, como característica do tipo penal, garantia na aplicação da pena.

Importante, pois, ressaltar a função do tipo penal como garantia.

Não só dos tipos penais que descrevem condutas criminosas, onde a função se destaca, mas também não menos importante a função de garantia do tipo penal que regra a aplicação da pena.

A taxatividade, aqui, é tão importante quanto a dos tipos que descrevem as condutas, vez que, é neste momento que o Estado Juiz concretiza a sanção prevista abstratamente no tipo de crime, e é aqui que, no sistema brasileiro, que ainda traz resquícios de critérios subjetivos, que dão margem a que o julgador extrapole o seu poder e utilize critérios pessoais, discricionários, que escapam da garantia legal e, na prática, fixem uma pena mais grave do que a legalmente prevista ao caso.

Como já dito, é aqui, neste momento, que o juiz está mais disposto a cometer arbitrariedades dada a vaguidade da norma, porém, antes, importante analisar em linhas gerais o tipo penal como garantia.

Em primeiro lugar, importante anotar que as ideias de tipo penal e garantia penal, andam juntas.

O tipo por traduzir a especificação, a conduta, a segurança, enfim, a legalidade. É no tipo penal que a legalidade se concretiza. E nada mais garantista, pelo menos aparentemente, que o princípio da legalidade, tal como concebido, ao menos inicialmente.

Todavia, sabemos que nem sempre a ideia de tipicidade, legalidade e garantia andam juntas.

Há tipos demasiadamente abertos que ferem justamente a ideia de garantia, deixando espaços amplos para variadas interpretações. Expressões vagas, subjetivas, são comuns, quebrando a garantia da lex certa, por exemplo.

Portanto, temos que as ideias de taxatividade e determinação, inerentes ao conceito de tipo, nem sempre trazem a garantia necessária e suficiente que o sistema penal exige.

A interpretação do tipo como critério de garantia é o que se pretende e espera no sistema de justiça criminal no Estado democrático e de direito.

Como anteriormente assinalado na introdução do presente trabalho, o princípio da legalidade tal como está no ordenamento jurídico brasileiro representa garantia a todos cidadãos. Garantia de liberdade e sempre trazendo a ideia que vem sendo relegada de limitação ao Poder do Leviatã.

Tal ideia remonta à origem do princípio da legalidade, base do direito penal. Seu surgimento tal como conhecemos (iluminismo, Beccaria, Rev. Francesa). Surgiu para ser uma limitação ao Poder estatal e ainda é para isso que serve. Deve – se resgatar essa característica do Direito penal na Constituição Federal.

Especificamente no campo das penas, a legalidade, quando surgiu, veio para por fim aos abusos e barbaridades que eram feitas na idade média.[284]

Batista explica que o princípio da legalidade, ou reserva legal, aparece historicamente com a revolução burguesa e expressa a etapa mais importante em direção a positivação do direito e da publicização da reação penal. Explica que, além de resposta pendular aos abusos do absolutismo, vem para afirmar uma nova ordem, pois o princípio da legalidade reunia a garantia do indivíduo contra o poder do Estado e delimitava esse poder

---

[284] GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito Penal e interpretação jurisprudencial*: *do princípio da legalidade às súmulas vinculantes.* São Paulo: Atlas, 2008, p. 6. "Foi nessa sociedade, frente aos abusos e à insegurança jurídica predominantes, que o movimento liberal trouxe ao direito penal uma nova perspectiva, muito mais humanizada e voltada para a proteção da liberdade individual frente aos abusos praticados pelos detentores do direito de punir. Nesse contexto, a obra Dos delitos e das penas pode bem sintetizar o que se passava naquela sociedade, pois, ao construir uma elaboração mental típica do Iluminismo, ou seja, de rompimento com a tradição e com o passado, Beccaria representou todo um grupo onde pessoas insatisfeitas e ansiosas por modificação na maneira arbitraria como o Estado julgava e executava as penas. Ao lado de observações acerca dos fins da pena, da proporção necessária entre delito e sanção, da tortura e da pena de morte, entre outras, asseverava que, para a necessária humanização do direito penal, indispensável era a observância irrestrita ao primado da lei, pois somente por meio de leis genéricas e abstratas é que seria possível alcançar a certeza do direito, a unificação das fontes e haver uma relação harmoniosa entre Judiciário e Legislativo."

estatal como o espaço certo para a coerção penal.[285] *"Sua significação e alcance políticos transcendem o condicionamento histórico que o produziu, e o princípio da legalidade constitui a chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo."*

Sistema penal racional e justo. Foi este o delineado pela Constituição Federal de 1988, mas que ainda não é inteiramente aplicado nos tribunais.

É a Constituição que traz esse direito penal como limitação ao poder estatal, estampada no rol de princípios constitucionais do artigo 5º.

No Estado Democrático e de Direito que consagra os direitos e garantais individuais, dentre eles o da legalidade penal, a liberdade é a regra.

Pode-se dizer que a garantia mais valiosa do Estado democrático de direito é o princípio da legalidade penal.

Ainda Batista,

> O princípio da legalidade, base estrutural do próprio estado de direito, é também a pedra angular de todo o direito penal que aspire à segurança jurídica, compreendida não apenas na 'previsibilidade da intervenção do poder punitivo do estado', que lhe confere Roxin, mas também na perspectiva subjetiva do 'sentimento de segurança jurídica' que postula Zaffaroni. Além de assegurar a possibilidade do prévio conhecimento dos crimes e das penas, o princípio garante que o indivíduo não será submetido a coerção penal distinta daquela predisposta na lei.[286]

E são seus aspectos a *Lex scripta* (lei escrita), a *Lex praevia* (leis anteriores aos delitos) e a *Lex certa e stricta* (leis claras e precisas).

Especificamente sobre a *lex certa e stricta*, ou seja, a necessidade de as leis serem claras e precisas, tanto na descrição das condutas, como na fixação das penas, aqui especialmente tratada, Batista aponta que não haveria garantia se a norma não fosse certa, precisa. A *lex certa* deve, pois, proibir incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimem nulla poena sine lege certa*): "Formular tipos penais genéricos ou vazios, valendo-se de cláusulas gerais ou conceitos indeterminados ou ambíguos equivale teoricamente a nada formular, mas é prática e politicamente muito mais nefasto e perigoso". [287]

---

[285] BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 63.
[286] BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. 12 ed. p. 65.
[287] *Ibid*., p. 75/76.

Para Pitombo: "Com a clareza do texto legal (*lex certa*), conferem-se segurança jurídica e inteligibilidade da norma".[288]

Especificamente sobre as penas, além das previstas no tipo abstrato de crime, mas sobre sua aplicação, sua concretização, neste momento também é de suma importância a estrita legalidade, pois é neste momento que se constitui a pena legal:[289]

> A clareza na cominação da pena, desse modo, expande os efeitos do princípio da legalidade, impedindo sua violação no nível da aplicação e da execução, sem negar – antes, reafirmando pela positividade jurídica – a ideia de individualização[290]

Temos, portanto, Garantias individuais derivadas do princípio da legalidade:

Todo sistema jurídico-penal deve estar submetido a uma estrita legalidade. De nada adianta a observância estrita na esfera penal se, durante o processo, as garantias forem flexibilizadas e vilipendiadas em prol da eficiência, ou ainda, se na execução da pena, a posteriori, o condenado tenha desconsiderada sua condição humana de beneficiário das mesmas garantias.

Todo sistema jurídico penal partilha dos mesmos princípios e das mesmas limitações em face das garantias fundamentais. O direito penal, o processo penal e a lei de execução penal devem ter diretrizes comuns e serem submetidas a um filtro comum de garantias. Limitam o poder estatal.[291]

Vale aqui alguns exemplos do processo penal, dada sua intrínseca relação com o direito penal, como já assinalado no capítulo 2.

As prisões cautelares, especificamente a preventiva, tal como expressa no código de processo penal, traz insegurança, por exemplo, em uma de suas hipóteses - o termo "ordem pública" é vago, aberto demais, dando margem a arbitrariedades que ferem a legalidade, que deixa de ser garantia.

---

[288] PITOMBO, Antonio Sergio Altieri de Moraes. *Organização criminosa*: nova perspectiva do tipo legal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 158. Referido autor complementa o raciocício com a lex stricta: "Ademais, a taxatividade da lei penal limita o poder estatal (lex stricta) garantindo a vinculação dos magistrados à letra da lei, outro objetivo iluminista que se repete atualmente, em face do dever de banir práticas judiciais incompatíveis com o direito penal de cunho democrático".

[289] BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 66.

[290] *Ibid*., p. 78.

[291] HASSEMER, Wilfrield. *Introdução aos fundamentos do direito penal* . Tradução P. R. Alflen da Silva. Porto Alegre: Fabris, 2005. p. 267: "Há o interesse de todos na previsibilidade das decisões judiciais e na consistência dos julgados, mas existe, sobretudo, a proteção do indivíduo contra arbitrariedades à liberdade e ao patrimônio".

Outro exemplo de uma aparente legalidade, mas carregada de expressões vagas, abertas, que dão margem à discricionariedade, encontramos no campo das cautelares.

Há cautelares atípicas? Elas ferem a legalidade?

Remetemos à citação de Badaró, na nota de rodapé sobre a sujeição das medidas cautelares processuais ao princípio da estrita legalidade.

Todo sistema criminal, portanto, deve obediência à legalidade estrita.

4.1.1 Garantais individuais decorrentes do princípio da legalidade

Pode-se dizer que a legalidade traz garantias que podem ser classificadas em garantias criminais, penais e jurisdicionais.[292] Todas elas facetas da legalidade.

Por garantia Criminal - *nullum crimen sine lege* - entende-se que a lei penal incriminadora é a norma reitora de todo sistema penal. Está expressa no art. 1º do Código Penal e no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal. Quer se dizer que não há crime sem lei anterior que o defina. Lei entendida como a lei ordinária, obedecido o processo legislativo pertinente.

Garantia penal (*nulla poena sine lege*): O mesmo princípio acima aplicado ao crime, vale para as penas, sanções. Ou seja, qualquer sanção, para ser aplicada, deve antes estar prevista em lei. Veda-se o arbítrio. E mesmo que prevista em lei, sua aplicação, concretização, também deve obediência a estrita legalidade, inclusive contra termos abertos, vagos.

Neste tópico toca-se no tema do presente trabalho diretamente, que é a aplicação da pena, norteado pelo sistema trifásico e, em sua primeira fase, quando o tipo do artigo 59 do Código Penal traz as circunstâncias judiciais, ainda contém critérios subjetivos, vagos, que dão margem a arbitrariedades judiciais, especialmente o critério da personalidade, que personifica um direito penal do autor em detrimento do direito penal do fato.

Em tempos sombrios de populismo judicial, perigosa a abertura do tipo em questão, sendo importante o alerta que a estrita legalidade deve ser observada também na aplicação da pena.

---

[292] BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2013.

O terceiro aspecto diz respeito a garantia jurisdicional, estampada na frase latina *nemo damnetur nisi per legale iudicium*.

Ninguém pode ser condenado senão por meio de uma sentença de um juiz ou tribunal competente, sob os marcos estabelecidos em lei. É o princípio do Juiz natural para julgar e aplicar a pena.

A divisão de poderes deve aqui ser mencionada como princípio republicano, vez que o legislativo elabora a lei, nos termos do processo legislativo previsto, cabendo ao Judiciário a interpretação e aplicação da lei, ou seja, o julgamento dos casos concretos a ele submetidos. E ao julgar, tal função não pode ser arbitrária, mas sim se ater aos estritos termos da lei e submetida às garantias processuais (exemplo: publicidade, prova, oralidade, contraditório, devido processo legal, etc).

Lembra Bustos Ramirez que a aplicação do princípio irrestrito da legalidade contra a arbitrariedade da atividade judicial.[293]

A legalidade representa também garantia de execução penal, prevista no artigo 5º da Declaração universal dos direitos do homem e art. 10 do Pacto de San José da Costa Rica.

A Constituição Federal e a Lei de Execução Penal também trazem tal garantia.

A constante e permanente crise do sistema carcerário, porém, expõe o sério e grave problema da flagrante inobservância dessas garantias.

Sobre leis penais em branco, como já mencionado no capítulo inicial, traçando um paralelo com a indefinição de alguns termos, como por exemplo a personalidade, ocorre o mesmo fenômeno, ou seja, com expressões vagas, subjetivas, critério de fixação da pena estampado no artigo 59, do Código Penal, sendo a personalidade, como critério fixador da pena base, até mais perigoso.

E perigoso porque a norma penal em branco tem uma complementação e, ainda que gere uma insegurança, acaba-se por, ao menos em tese, tornar-se lex certa, ainda que tardia e por outro Poder (executivo ou legislativo).

Na aplicação da pena majorada pela personalidade não. Pelos julgados analisados, é o julgador que utiliza a personalidade para majorar a pena da forma que

---

[293] BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2013. p.

pretender, utilizando de características pessoais do acusado. O espaço para a arbitrariedade é maior.

A psicologia e ciências afins não acordam sobre o que é a personalidade, o que gera enorme insegurança.[294]

A fluidez do tipo, a vaguidade da norma é tamanha que praticamente qualquer comportamento do acusado poderá ser encaixado na personalidade e terá a pena majorada.

Não saberá, pois, ao certo, qual sua pena. A *lex* não será, jamais, certa e determinada, mas incerta, indeterminada, gerando insegurança incompatível com o direito penal e seu princípio base que é a legalidade, especialmente como delimitação do espaço para o poder punitivo.

As leis penais devem trazer comando de determinação em sua vertente legislativa (lex certa), devendo ser claras, inequívocas, exaustivas o máximo possível para seus destinatários que são os cidadãos e os juízes.

Cobo del Rosa e Vives Antón, citado por Busato, anotam:

> Clareza e taxatividade são imprescindíveis condições de segurança jurídica. Mas, para que possa falar de segurança jurídica é preciso, ademais, que se haja determinado de antemão que condutas constituem delitos e quais não, e que penas são aplicáveis em cada caso. E também resulta indispensável que essa determinação seja levada a cabo pelo legislador, pois, do contrário, os cidadãos quedam mercê dos juízes ou do governo.[295]

Ainda segundo Busato[296], segurança jurídica, que tem como pressuposto a "lex certa", entra em crise com o chamado moderno direito penal (Hassemer).

A tendência do legislador moderno é expressar-se de forma pouco clara. A ambiguidade e imprecisão são, cada vez mais, características de muitos preceitos penais. Por exemplo, leis indeterminadas permitem uma ampla margem criativa ao juiz, já que traz conceitos vagos ou porosos, com termos que requerem alto grau de valoração.

Mais uma vez, para Busato:

> As leis indeterminadas em seu conjunto por sua ambiguidade deliberada não permitem conhecer precisamente que condutas concretas são punidas, o que implica, de modo implícito, a renúncia do legislador à sua missão de

---

[294] Ver Assis Toledo, nota 245, dando exemplo de como, para os profissionais da área de psicologia, não há um consenso sobre o termo personalidade.
[295] BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 48.
[296] *Ibid*., p. 48.

> definição dos comportamentos delitivos e uma remissão ao juiz para que este cumpra com tal labor.[297]

Repisa-se aqui neste tópico o perigo de haver apenas uma aparente legalidade, ou legalidade formal, deixando abertas brechas para arbitrariedades em expressões vagas, porosas, conceitos indeterminados, o que não condiz com a estrita e substancial legalidade, esta sim verdadeira garantia.[298]

Nesse aspecto da indeterminação em relação as penas, também abarcadas pelo princípio da legalidade, que entra também o critério personalidade do agente, do artigo 59, do Código Penal, critério subjetivo, vago, amplo e demasiadamente aberto, como se verá.

4.2 PERSONALIDADE DO AGENTE: CRITÉRIO DO ARTIGO 59, DO CÓDIGO PENAL (CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS PARA FIXAÇÃO DA PENA)

O conceito de personalidade não é pacífico. Pelo contrário. É objeto de enorme controvérsia, e isto ocorre entre os especialistas de suas áreas de estudo, que são a psicologia e psiquiatria moderna.

Paschoal traz um conceito de um estudioso da área, Stern, em que diz ser algo polivalente, variável, vasto.[299]

E conclui, sobre as definições de personalidade dos autores da área jurídica: "Fica claro do posicionamento da maioria deles o resquício do Direito Penal do Autor, remontando a teorias que visavam atestar à propensão biológica do indivíduo à delinquência."[300]

---

[297] BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 50.

[298] Vide notas 28, 29 e 30, em que autores citados remontam, por exemplo, à Alemanha Nazista, grande utilizadora desses recursos.

[299] PASCHOAL, Luana. *O juiz e a aplicação da pena*: análise doutrinária, jurisprudencial e deontológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 87: "Segundo Willian Stern. A personalidade humana não é, evidentemente, uma estrutura rígida, definida em todas as direções e encarregada no seu "ser assim" individual, como uma prisão; bem pelo contrário ela contém algo de polivalente, de subjacente, de periférico. Assim, em cada homem, o âmbito das possibilidades é muito mais vasto do que a realidade correspondente; é preciso que ele faça repercutirem essas possibilidades, se pretende compreender a vida psíquica de outrem. Como poderia o psicólogo ocupar – se, agora, da psicologia do criminoso, logo do artista, e em seguida da criança ou da do homem primitivo, se algo de tudo isso não se encontrasse – em germe e em potência – dentro dele" (Willian Stern. Psicologia geral. Tradução de Fritz Berkemeier. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1981,p, 93). Referido autor, apontando como um dos primeiros da psicologia da personalidade, não a conceitua de forma fechada e única, dispondo, pelo contrário, pela múltipla possibilidade de manifestação em cada homem.

[300] PASCHOAL, Luana. *O juiz e a aplicação da pena*: análise doutrinária, jurisprudencial e deontológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 87-88.

Santos aponta a imprecisão do termo personalidade ao apontar que ela abrangeria o ego? Ou o superego? Ou ainda id?[301]

Nem a psicologia e ciências afins têm ao certo uma definição de personalidade.

Se na área de estudo específica do tema há tamanha discordância, não poderia ser diferente na esfera jurídica, especialmente na jurídico-penal.

Há vários significados para o termo personalidade do agente na doutrina e jurisprudência pátrias.[302] Mas quase todos acabam por relacionar – se com uma característica de autor, aproximando do direito penal de autor.[303]

---

[301] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: parte geral. Curitiba: ICPC. 2014. p. 532: "O conceito de personalidade é objeto de enorme controvérsia em psicologia ou psiquiatria modernas, por seus limites imprecisos ou difusos. Não há consenso sobre as seguintes questões: (a) a personalidade seria delimitada pelo ego, como perceptivo consciente responsável pelas decisões e ações da vida diária? (b) abrangeria o superego como instância de controle ou censura pessoal? (c) enfim, incluiria as pulsões instituais do id, como fonte inconsciente da energia psíquica, regida pelo princípio do prazer?".

[302] STOCO, Tatiana de Oliveira. *Personalidade do agente na fixação da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, traz alguns exemplos. p. 152 *et seq*: Anibal Bruno, interpretando o art. 42 do CP, definiu o conceito de personalidade nos seguintes termos: "Personalidade é todo o complexo, porção herdada e porção adquirida, com o jogo de todas as forças que determinam ou influenciam o comportamento humano. A personalidade é uma realidade naturalística, cuja compreensão os dados antropológicos, em largo sentido, concorrem para esclarecer". Em uma elaboração mais ampla do conceito, Nelson Hungria acrescenta outros elementos à formação da personalidade que, no seu entender, não se restringe às influências dos fatores endógenos e ao meio circundante. Para ele, "a personalidade não é simples conjugação de tendências inatas e pressões mesológicas, pois entre tais fatores sempre evolui a vontade livre, com sua atividade própria, e precisamente esse quantum de liberdade volitiva é que torna relativa a estabilidade do modo de ser habitual". Para Heleno Cláudio Fragoso, a personalidade é o elemento que mais se destaca dentre aqueles que deverão ser analisados pelo juiz na fixação da pena: "O juiz ajusta a pena ao autor concreto do crime, atendendo às particularidades de sua personalidade moral (caráter) e examinando-se a conduta delituosa constituiu fator acidental ou se é expressão da maneira de ser que o acusado apresenta". Como critério de aferição da personalidade, o autor afirma que o juiz deverá considerar os antecedentes, ou seja, o comportamento anterior do acusado. José Frederico Marques, adotando um conceito de personalidade mais próximo do pensamento antropológico, entende a personalidade de forma ampla e complexa. Na sua definição: "A personalidade do homem é a síntese dos elementos biopsíquicos que o compõem. O homem, lembra Gemelli, é um microcosmo. Nele reúnem-se, num todo perfeitamente composto e conjugado, as propriedades da matéria, os graus inferiores da vida manifestados na atividade sensória e nos instintos, de par com as exteriorizações mais altas de faculdades superiores como a inteligência, a vontade e os sentimentos. Cimentados em sólida e viva unidade, esses elementos não se encontram, por isso mesmo, dispersos e justapostos: há uma interpenetração de todas as atividades que o ser humano desenvolve, que vai da vida orgânica à vida dos sentidos, da vida dos instintos, hábitos, inclinações à superestrutura fundamental da inteligência e do querer. Por mais heterogênea que pareçam, não passam, todas essas atividades, de funções de uma única vida humana. Daí a conclusão de Gemelli, de que um quadro completo do ser humano concreto e vivo é constituído tanto pelo organismo corporal, como pela vida inteira, conjugados em um todo de unidade incindível resultante da integração de suas múltiplas partes e segmentos, cuja culminância se encontra em um vértice que é ao esmo tempo o resumo de seus diversos elementos: a personalidade". Julio Fabrini Mirabete também entende que a personalidade como sinônimo de caráter e dos valores morais do agente: "Quanto à personalidade, registrem-se as qualidades morais, a boa ou má índole, o sentido moral do criminoso, bem como sua agressividade e o antagonismo com a ordem social, intrínseco a seu temperamento".Paulo José da Costa Junior vincula o sentido do termo personalidade à conduta do agente. Para ele, a personalidade está intimamente ligada à conduta e, portanto, não poderá ser analisada separadamente pelo juiz. Etc.

[303] PASCHOAL, Luana. *O juiz e a aplicação da pena*: análise doutrinária, jurisprudencial e deontológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 88: "Esclarecem Eugênio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista que*:* "Enquanto

O termo é aberto, vago, sendo tema de constantes debates e divergências nas áreas afins. Na prática judiciária fica aparente a divergência entre a interpretação que o termo recebe no meio jurídico e o seu real significado técnico.

Vale ainda lembrar que tal critério já era bastante utilizado na idade média, justamente pelas suas características.[304]

Massud[305] lembra que, não apenas por ser a personalidade um dos critérios judiciais para determinação da pena, mas também por ser condição de circunstância de preponderância no concurso entre agravantes e atenuantes (artigo 67, do Código Penal), tem ela um importante papel no cálculo da pena.

Após, entra também na problemática da definição do que vem a ser personalidade. Sobre o tema tece a seguinte observação: "Diante dessa tão difícil tarefa, que é avaliar a personalidade de alguém, será possível, e mesmo legítimo reduzir tal análise em números, numa improvável missão de materializar algo intangível?[306]

O mais prudente seria não, respondendo à indagação do autor citado.

---

para alguns autores, o delito constitui uma infração ou lesão jurídica, para outros ele constitui o signo ou sintoma de uma inferioridade moral, biológica ou psicológica. Para uns, seu desvalor – embora haja discordância no que se tange ao objeto – esgota-se no próprio ato (lesão); para outros, o ato é apenas uma lente que permite ver alguma coisa daquilo que verdadeiramente estaria o desvalor e que se encontra em uma característica do autor. Estendendo ao extremo essa segunda opção, chega-se à conclusão de que a essência do delito reside numa característica do autor, que explica a pena. O conjunto de teorias que este critério compartilha configura o chamado direito penal do autor" (Alejndro Alagia et al. Direito Penal Braileiro I. Rio de Janeiro: Revan, 2003,p. 131).

[304] GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito Penal e interpretação jurisprudencial. Do princípio da legalidade às súmulas vinculantes*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 123: "Além disso, no que diz respeito aos métodos utilizados durante a Idade Média para a condenação e aplicação das penas, a arbitrariedade por parte dos juízes era a nota característica, e entre os inúmeros fatores que serviam para orientar a sua decisão estavam não apenas o fato e suas circunstâncias objetivas de tempo e lugar, mas a personalidade do réu (idade, sexo, status social, sua relação com a vítima, capacidade de discernimento etc.) e as mais diversas causas de atenuação ou agravação de pena, ou mesmo de extinção de punibilidade. O terror a que eram submetidos os atingidos pela lei penal era ainda evidenciado nas práticas utilizadas nos procedimentos penais relativos à busca da prova para a condenação, tais como as ordálias e as torturas".

[305] MASSUD, Leonardo. *Da pena e sua fixação*. São Paulo: DPJ, 2009. p. 162.

[306] *Ibid*., p. 165. Nessa linha, antes de sua observação, cita Roberto Lyra, que em seus Comentários ao Código Penal: "numa recomendação de parcimônia na análise da personalidade para efeito de individualizar a pena, diz não ser possível reduzir os caracteres e os temperamentos a esquemas e fórmulas, devendo-se estudar os homens não em geral ou em classes, mas o caráter e o temperamento do réu e apenas ele, sem que se olvide, com isso, as complicações, multiplicidades, variações e até contradições que escapam à percepção da inegável complexidade e sutileza da personalidade humana".

O julgador analisa e aufere o termo segundo seus próprios critérios pessoais, subjetivos e, leigo que é, faz com que a personalidade, segundo os tribunais, tenha suas próprias características, todas relacionadas à subjetividade do agente, em vários aspectos.[307]

Nesse sentido, Santos destaca que o juiz, leigo em psicologia, carece de formação técnica para decidir sobre o complexo conceito de personalidade, sendo que por tal razão a jurisprudência pátria tem dado um caráter leigo ao instituto, como:

> Conjunto de sentimentos/emoções pessoais distribuídos entre os polos de emotividade/estabilidade, ou atitudes/reações individuais na escala sociabilidade/agressividade, que pouco indicam sobre a personalidade do condenado – hoje, com a introdução do princípio da identidade física do juiz no processo penal, foram eliminados efeitos desastrosos do sistema anterior, em que o interrogatório podia ser realizado por um e a sentença podia ser proferida por outro juiz criminal[308]

Nesse mesmo sentido Carvalho:

> A ausência de controle do conteúdo (sentidos possíveis) e a falta de capacidade técnica do magistrado para análise do tipo penal aberto personalidade do réu potencializam nos julgados o uso dos termos voláteis, dotados de profunda anemia significativa (imprecisão semântica), normalmente apropriados do senso comum.[309]

E aponta pesquisa empírica que comprova que por meio de tal critério, poroso, vago, impreciso, os julgadores majoram a pena base em 47% dos casos analisados[310], o que denota que essa abertura do tipo penal de aplicação da pena é utilizada contra o réu,

---

[307] STOCO, Tatiana de Oliveira. *Personalidade do agente na fixação da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 150: "É possível afirmar que o termo "personalidade do agente" como elemento normativo não encontrou na doutrina penal brasileira e na jurisprudência de nossos tribunais um significado único. O tema é poroso e a própria aferição da personalidade, na prática judiciária, revela o distanciamento existente entre a interpretação dada pelos operadores do Direito e o conceito e sentido técnico próprios que possui no ramo específico de conhecimento a que pertence. Isso porque o juiz, não sendo um especialista em Psicologia, na prática judiciária, acaba por aferir a personalidade do agente, no caso concreto, segundo seus próprios critérios subjetivos e impressões particulares. O termo acabou tomando na dogmática penal e na jurisprudência suas feições próprias, por meio das mais diversas formas de interpretação e adoção de distintos elementos relacionados à subjetividade do agente."

[308] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: parte geral. Curitiba: ICPC. 2014. p. 532-53, mostra o autor que: "a legislação e jurisprudência alemãs destacam a atitude concreta do autor na realização do fato punível, indicadora de rudeza ou de brutalidade, de má-fé ou de perfídia, de infâmia ou de objeção, de desconsideração ou de crueldade, por exemplo, capazes de revelar traços de significativos da personalidade, indetermináveis pelo emprego direto da categoria abstrata representa pelo conceito de personalidade. Finalmente, a personalidade como natureza concreta de sujeitos reais é um produto histórico em processo constante formação, transformação e deformação, de modo que eventuais traços de caráter constituem cortes simplificados, imprecisos e transitórios da natureza humana, como produto biopsiquicosocial do conjunto das relações históricas concretas do indivíduo.".

[309] CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 370.

[310] SANTOS, Juarez Cirino dos. *op.cit.*, p.533.

ignorando o direito penal do fato e aplicando um direito penal do autor, mesmo porque na maioria dos casos são utilizadas fórmulas vazias (acusado possui personalidade voltada para o crime, ou personalidade distorcida etc.), totalmente desconexas com o fato objeto do processo.

Stoco, por sua vez, citando Boschi, lembra que o maior problema nem chega a ser a falta de preparo dos julgadores, mas sim a legitimidade de tal critério para figurar como circunstância judicial.[311]

Merece ser transcrita a observação do autor:

> Ora, os indivíduos devem ser punidos pelos atos ilegais que praticarem, e não pelo que são ou pensam que são, para não termos que renegar a evolução do direito penal e retornarmos ao medievo, cujos tribunais os executavam porque pensavam, e não porque haviam feito algo.[312]

Confirmando as impressões dos autores citados, Carvalho detecta um resgate do positivismo com base na periculosidade. Como os demais, aponta a imprecisão conceitual, chamando atenção para isso nos reflexos que causa na técnica processual, não bastando o juiz simplesmente apontar a personalidade, mas deve, por força do mandamento constitucional da fundamentação das decisões judiciais, expor qual corrente da psicologia está seguindo, qual teoria, etc. o que não acontece. Além da abertura demasiada do tipo, vago, poroso, temos também o problema processual de carência de fundamentação da decisão.[313]

---

[311] STOCO, Tatiana de Oliveira. *Personalidade do agente na fixação da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 171

[312] BOSCHI, José Antônio Paganela. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2014. p.176.

[313] CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal mrasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 370. "Em decorrência da pluralidade dos significados e das técnicas de investigação, a possibilidade de o julgador valorar a personalidade do réu prescindiria, necessariamente, de uma exposição prévia da definição e da metodologia utilizadas, ou seja, a justificação de qual o ponto de partida conceitual (teórico), quais os critérios utilizados para análise e quais as etapas de avaliação (metodologia). A estrutura do sistema processual penal acusatório demanda que ocorra uma apropriação de categorias extrajurídicas, notadamente de categorias que influenciam na pena, é fundamental que a valorização judicial seja precedida de uma justificação convincente e adequadamente orientada, sob pena de serem obstaculizados o contraditório e a ampla defesa. Assim, na motivação, o julgador deveria expor de forma bastante clara os critérios de análise para que possam ser contrapostos (contraditados) pelas partes (acusação e defesa).Não basta, pois, o magistrado suscitar um elemento categórico (personalidade do réu) e atribuir – lhe sentido a partir de termos vagos e imprecisos, normalmente apropriados ao senso comum (valoração na esfera do leigo). O requisito constitucional da fundamentação das decisões impõe a explicitação de critérios, dos métodos e dos conceitos utilizados, bem como a apresentação de elementos empíricos que foram analisados, sob pena de nulidade da decisão. Nas palavras de Rodrigo Moraes Oliveira, "(...) a decisão tem de ser verificável, as partes devem poder aprender o processo de nacionalização nela desenvolvido e de todos os elementos por meio dos quais o juiz formou seu conhecimento". No entanto, mesmo se o julgador

Para concluir, sobre a imprecisão do conceito e múltiplas definições, Carvalho mostra que sua análise:

> [...] é ato de competência exclusiva das ciências psi, (psiquiatria, psicologia e psicanálise), embora mesmo neste campo do saber inexista consenso mínimo sobre o seu conceito, os seus elementos e a metodologia de investigação.

E sua incompatibilidade como critério legal para majorar a pena, na sua aplicação, conclui citando Boschi, para quem o juiz deveria se abster de analisá-la, como a seguir será transcrito: "A dubiedade da categoria aliada à incapacidade técnica dos atores do sistema penal indicariam, por si só, a necessidade de uma prudente abstenção judicial, conforme sugerido por Boschi [...]".[314]

E ainda assim, o tipo do artigo 59 do Código Penal restaria aberto demais, dando margem a exageros e arbitrariedades.

Boschi descreve a confusão e absoluta falta de critério, já mencionada no capítulo quatro, cálculo da pena, com uma simples indagação, trazendo à tona a incoerência do sistema:

> Como explicar que o menos (um transtorno de personalidade) possa ensejar agravação da pena-base, se o mais grave (a perturbação da saúde mental ou desenvolvimento incompleto ou retardado, dando causa à semi-imputabilidade), obriga o juiz, na terceira fase, a realizar uma especial redução da pena provisória (art. 26, parágrafo único, no CP)?[315]

E após outra indagação nesse mesmo sentido, responde a ambas, com a sugestão da não utilização, pelo juiz, de critério tão problemático:

---

demonstrasse previamente a base conceitual e a metodologia de análise, uma nova dificuldade emergiria (segundo problema), que é relativa à capacidade técnica do julgador para realizar um juízo valorativo sobre a personalidade do réu. Neste ponto convém lembrar Toledo, citando Eysenck, no sentido de "não acreditar que os penalistas pretendam construir conceitos dogmáticos de caráter, personalidade etc., usurpando o ofício dos psicólogos. E se quiserem recorrer a esses últimos, eis a surpresa que lhe poderá ser reservada: ' quase todos os conceitos e termos empregados em psicologia são muito discutidos [...]. Mas poucos termos são objeto de definições tão diferentes como o de personalidade. Quase cada um dos autores que escrevem sobre o tema dá sua própria definição, seu próprio ponto de vista, seu método próprio e sua concepção pessoal do que deveria ser o objeto da investigação sobre personalidade. Seria insensato pretender dogmatizar em um campo no qual existem tantas discrepâncias".

[314] CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal mrasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 371.

[315] BOSCHI, José Antônio Paganela. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2014. p.176. E formula outa indagação: "Por que tratamento distinto nessa matéria, se tanto o transtorno de personalidade quanto à perturbação da saúde mental e o seu desenvolvimento incompleto ou retardado afetam a capacidade do indivíduo na formação dos juízos críticos indispensáveis ao dever de agir de outro modo no momento histórico da prática delituosa?

> É complexa a questão. Muito complexa. Por isso, seria mais recomendável que, no momento da valoração das circunstâncias judiciais, o juiz se declarasse, simplesmente, sem condições de emitir juízo crítico sobre a personalidade do acusado.[316]

Outro aspecto considerado, ainda que considere-se superados os problemas iniciais apontados, é o afastamento do direito penal do fato, de matriz democrática, para a aproximação do direito penal do autor (modernamente na versão de direito penal do inimigo, conforme item 2.2).

Com efeito, ignora-se o fato objeto do processo e, a partir de características pessoais do condenado, expressões vagas, majora-se a reprimenda penal em nítida utilização de um punitivismo pautado pelo direito penal do autor.[317]

Mais grave ainda quando o fundamento que se utiliza para agravar a pena é o exercício de um direito, no caso, o acusado ter apresentado sua versão dos fatos, ou ter se comportado de maneira arrogante em audiência, como se verá no capítulo seguinte.

Aproxima-se a personalidade da periculosidade, resgatando um positivismo penal já superado pelas modernas democracias.

> A valoração da personalidade é inadmissível em sistema penal democrático fundado no princípio da secularização: o cidadão não pode sofrer sancionamento por sua personalidade [...]. Mais, a alegação de ‘ voltada para a prática delitiva’ é retórica, juízes não tem habilitação técnica para proferir juízos de natureza antropológica, psicológica ou psiquiátrica, não dispondo o processo judicial de elementos hábeis (condições mínimas) para o julgador proferir ‘ diagnósticos’ dessa natureza.[318]

---

[316] BOSCHI, José Antônio Paganela. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2014. p.176.

[317] CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 372: “O princípio da secularização, ao desvincular direito da moral, estabelece uma blindagem da esfera do íntimo, excluindo as hipóteses de julgamento da intimidade do réu. Assim, a abertura operada na pena – base pela inclusão da circunstância personalidade do réu estabelece, segundo ensinamento de Rodrigo Moraes de Oliveira, “ verdadeira porta aberta para perversão do princípio da culpabilidade pelo fato (...). Não se trata, portanto, apenas de uma imprecisão do conceitual e de uma impossibilidade técnica de o juiz analisar a personalidade do acusado. O juízo em si é informado por uma lógica inquisitorial que destoa dos princípios informadores do direito penal democrático. Lembra Ferrajoli que nas democracias contemporâneas apenas aquilo que as pessoas fazem, e não aquilo que são, deve ser regulado por lei e valorado judicialmente. Dessa maneira, sustenta o autor serem legítimas e admissíveis “ apenas normas que proíbem e previnam fatos, e não normas que proíbam ou desmoralizem identidades; apenas juízos que analisem a prova de uma conduta e não valorações sobre a personalidade do réu; apenas tratamentos punitivos relacionados ao previsto como delito e resolvido mediante provas, e não tratamentos individualizados e modelados sobre a personalidade do imputado ou recluso. Amparando em terminologia própria da filosofia analítica, Ferrajoli conclui que os modelos de direito penal do fato admitem apenas normas regulativas de comportamentos lícitos ou ilícitos, e não constitutivas de estados pessoais morais ou imorais.”

[318] CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 372, ao citar Amilton Bueno de Carvalho.

Massud, após mencionar posições da doutrina, tentando salvar o critério da personalidade na aplicação da pena (cita Nucci, Paulo José da Costa), ainda que transferindo para outro critério do artigo 59, ou com outra denominação, entende que:

> Em que pesem tais entendimentos, ainda que vinculada à ação delituosa, não se pode admitir a exasperação da pena com base na personalidade. Como adverte Assis Toledo, os limites impostos pelo princípio da legalidade de pouco valeriam se a pena pudesse oscilar com base em conceitos tão variáveis e inseguros como o da personalidade.[319]

A personalidade, portanto, nos traz de volta um positivismo penal já superado, um direito penal do autor[320], relegando o do fato a segundo plano, além de ferir de morte a garantia da legalidade, motivo pelo qual deve ser desconsiderada pelo julgador no momento de aplicação da pena.

Mas não é o que ocorre, vez que juízes continuam utilizando o critério para agravar as penas.

Stoco analisa o tema e percebe que, apesar da grande importância da personalidade, viu que ela possui estreita relação com a culpabilidade pelo modo de vida. [321]

---

[319] MASSUD, Leonardo. *Da pena e sua fixação*. São Paulo: DPJ, 2009. p. 167.

[320] *Ibid*., p.167. O autor resgata voto de Silva Franco: "Sobre o perigo de transformar a valoração jurídica da personalidade num direito de autor, vale conferir o trecho do voto da lavra do então juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, Alberto Silva Franco: 'o juiz sentenciante não poderá desprezar a personalidade concreta do agente na individualização da pena, mas não poderá, como é óbvio, valorá-la a ponto de transformar a pena imposta numa verdadeira pena de autor, o que contraria o direito penal pátrio, firmemente ancorado no fato criminoso'(TACrim-SP – Ver. Voto vencido: Silva Franco – JUTACrim 77/43. Julgado e extraído da obra do mesmo autor, Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial, p. 899".

[321] STOCO, Tatiana de Oliveira. *Personalidade do agente na fixação da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 151: "Francisco de Assis Toledo, opondo-se ao posicionamento majoritário, adverte para o perigo da adoção das concepções da culpabilidade derivadas de uma culpabilidade de autor (cujas denominações são várias: culpabilidade pelo caráter, culpabilidade pela conduta de vida, culpabilidade pela decisão de vida, culpabilidade pela formação da personalidade e culpabilidade da pessoa). Afirma que as correntes mais importantes que se situam na linha de uma culpabilidade de autor (ainda que não expressamente assim assumidas) admitem o fato praticado como necessário "somente para a fixação do momento da exteriorização do caráter ou da personalidade censuráveis", ou como pressuposto para a aplicação da lei. Adverte que, assim como se mostra impossível aferir a liberdade de agir de outro modo (principal justificativa dentre os que adotam a linha da culpabilidade de autor para rechaçar uma culpabilidade exclusivamente do "ato"), é igualmente impossível para o juiz identificar e apreender "a liberdade do indivíduo de conduzir a própria vida" ou de construir a própria personalidade. A isso acrescenta a seguinte crítica, referindo-se às pesquisas desenvolvidas na área criminológica por Sheldon e Eleanor Glueck:"O desenvolvimento anormal do caráter e da personalidade de um grande número de delinquentes pesquisados remonta a mais tenra infância e se explica por meio de fatores que de nenhum modo podem ser atribuídos aos seus portadores. Neste terreno, corre-se o risco de acabar-se com o conceito de culpabilidade penal e de transformar-se o direito penal em uma espécie de terapêutica psicológica, ou psiquiátrica. A toga seria substituída pelo avental branco". O autor rejeita categoricamente qualquer

Após, utiliza-se da doutrina, minoritária, mas correta, ao meu ver, de Assis Toledo (já mencionado), que alerta para o risco da utilização de um direito penal do autor.[322]

Importante a anotação de Stoco no sentido de que a grande parte da doutrina relaciona a personalidade na aplicação da pena com elemento de aferição de culpabilidade.[323]

E após conclui que na doutrina pátria, mesmo entre os penalistas mais importantes, a definição de personalidade do agente não é precisa, sendo que na maioria delas apresentam conceitos vagos, que não conferem segurança e racionalidade necessários para um critério de fixação de pena deve dar aos operadores do direito. Cita vários deles, com suas posições, como por exemplo Anibal Bruno, Hungria, Fragoso, Frederico Marques, Mirabete, Paulo José da Costa. Dentre os modernos lembra – se de Juarez Cirino dos Santos, já citado no trabalho, e Juarez Tavares. [324]

---

pretensão de se tomar por a base a personalidade do agente como forma de lhe mensurar a culpabilidade (censura):"Seria, pois, perda de tempo (mais que isso, arbitrário) tentar apontar, na 'história da experiência total' do indivíduo, que se entende vergado por toda uma série de fatores genéticos e ambientais algo que se lhe pudesse censurar a título de culpa. Com isso, retornamos ao conceito de culpabilidade do fato, esta sim, a nosso ver, a única capaz de fundamentar, no atual estágio de nossa cultura, um direito penal de culpa".

[322] STOCO, Tatiana de Oliveira. *Personalidade do agente na fixação da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 151: "Assim, não obstante a importância que o critério da personalidade assumiu perante nossa legislação penal e para a doutrina penal de fins do século XIX e início do século XX, especialmente sob a vigência do Código Penal de 1940, o conceito não encontrou um significado sólido nem uma definição definitiva. Contudo, é majoritário na doutrina penal brasileira o estabelecimento de uma relação direta entre o conceito de personalidade e uma visão da culpabilidade derivada da culpabilidade pela conduta de vida ou pela formação da personalidade".

[323] *Ibid*., p. 152: "A doutrina majoritária, no entanto, conforme já se falou, relaciona a personalidade do agente na fixação da pena como elemento de aferição da culpabilidade. Ainda que se possa afirmar a adoção de uma linha moderada de culpabilidade de autor ou mesmo a prevalência de uma culpabilidade normativa de fato e de autor na doutrina nacional, a circunstância da "personalidade", via de regra, não se dissocia da ideia de análise da formação da personalidade ou da forma de condução de vida. Assim, constata-se a prevalência por uma interpretação da personalidade como sinônimo de caráter, de valores morais assumidos pelo agente, de sua forma de se comportar ou de se conduzir na vida e, especialmente, como expressão dos seus sentimentos manifestados no fato criminoso."

[324] CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal mrasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 152. Vale aqui transcrever alguns posicionamentos da doutrina mais moderna, segundo a autora citada: "sob um viés crítico, Juarez Tavares ressalta que é bastante comum, em razão do disposto no art. 67 do CP, que a personalidade seja utilizada como fator preponderante entre as circunstâncias agravantes e atenuantes e como instrumento definitivo para contornar os limites da culpabilidade e impor ao infrator uma pena fora da proporcionalidade para com o fato por ele praticado. A esse respeito, o autor afirma que, em primeiro lugar, a personalidade como critério de prevenção geral e especial não pode implicar a fixação da pena além dos limites impostos pela culpabilidade, pois isso importaria em violação aos princípios objetivos da legalidade e da proporcionalidade. Trata-se de uma orientação que contraria o entendimento da doutrina majoritária e tradicional: "De diferente modo do que se propunha no começo do século XX, as qualidades da personalidade não se encontram no caráter da pessoa, nem em sua constituição, e, sim, nas disposições relativamente duradouras que se manifestam em diversas situações e durante algum lapso de tempo, de modo a indicar se aquela pessoa estaria condicionada ou livre para realizar determinado comportamento. Normalmente, a aferição da personalidade é conduzida sobre elementos da percepção diária, levada a efeito pelas manifestações da pessoa em seu ambiente. Segundo as dificuldades na coleta dos dados dessa percepção, é comum mesclarem-se a isso todos os preconceitos, estereótipos e juízos negativos que não lhe pertencem e, sim, aos conceitos morais, nem sempre correspondentes ao ambiente

Aponta, depois, a autora, Nucci, que vai contra tal orientação, e entende que se o móvel do crime for algumas das características da personalidade (negativas), ela deverá sim ser levada em conta para a fixação da pena.[325]

Melhor a posição de Carvalho e Boschi, anteriormente mencionadas, vez que mais condizentes com o direito penal do fato.

A respeito da jurisprudência[326], percebe-se que a regra é a utilização da personalidade para majorar a pena, sendo que tal critério apresenta várias acepções e

---

real da manifestação personalista. A afirmação no sentido de que o autor tem personalidade voltada para o crime, diapasão básico das sentenças criminais, inclui-se no âmbito desses preconceitos ou estereótipos, pertencendo, assim, a um juízo moral negativo, que nada tem a ver com a avaliação efetiva da personalidade, ou da vida mental do sujeito, em confronto com a sua forma de adaptação ao ambiente". O autor entende a personalidade referida no art. 59 do CP, como "manifestação da decisão autônoma do sujeito para a realização da conduta" e, dessa forma, deve ser entendida como um processo mental de produção e delimitação "da autonomia do sujeito" (muito embora seja de difícil aferição no caso concreto). No seu entendimento, a personalidade estaria mais ligada à sua capacidade de autodeterminação frente à norma do que a um condicionamento, desvalor moral ou sentimento do agente que o levam à prática delitiva. Tavarez defende que a "personalidade se baseia na autonomia do sujeito em se integrar ao ambiente, em um processo de comunicação. Se ele não puder se integrar ao ambiente, em virtude de déficit considerável de socialização, para o qual não tenha contribuído, e dessa forma, não for capaz de se motivar conforme os apelos da norma, sua responsabilidade deverá ser limitada". Nessa perspectiva, conclui: "A personalidade, ao contrário do que se afirma comumente nas sentenças criminais, funciona, assim, como um instrumento de limitação da responsabilidade. Na medida em que se reconheça no sujeito uma personalidade, pode ele ser responsabilizado; se ocorrer um distúrbio da personalidade, esse fato implica o reconhecimento de um problema de socialização, que pode conduzir a uma atenuação da pena [...] A consideração da personalidade em função da autonomia do sujeito, e sua repercussão na individualização da pena, como fator de limitação, corresponde também, em certa medida, ao proposto pela moderna teoria do injusto culpável, de não admitir que a pena possa ser exasperada por circunstâncias estranhas àquelas que fundaram o desvalor do fato típico e antijurídico e que deram lugar ao conteúdo da culpabilidade".

[325] STOCO, Tatiana de Oliveira. *Personalidade do agente na fixação da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 155: "Contrariando a tendência mais moderna da doutrina, que se volta a um posicionamento crítico a respeito da legitimidade da personalidade do agente como circunstância judicial para fixação judicial da pena, Guilherme de Souza Nucci compartilha o antigo posicionamento da doutrina tradicional. Para esse autor, as circunstâncias subjetivas devem prevalecer sobre as objetivas no caso de confronto, conforme prescreve o art. 67 do CP. Justifica a necessidade de valorizarem-se os aspectos subjetivos relacionados ao agente (e não apenas a personalidade) porque "julgar não é tarefa de matemáticos nem de computadores, sendo deplorável a (nem sempre incomum) pena padrão, que elimina as evidentes diversidades entre os réus". Define o conceito de personalidade como o "conjunto de caracteres exclusivos de uma pessoa, parte herdada, parte adquirida". Cita, como exemplos de elementos da personalidade que podem ser buscados na análise do modo de ser do agente, os seguintes: "(a) aspectos positivos: bondade, alegria, persistência, responsabilidade nos afazeres, franqueza, honestidade, coragem, calma, paciência, amabilidade, maturidade, sensibilidade, bom-humor, compreensão, simpatia, tolerância, especialmente à liberdade de ação, expressão e opinião alheias; (b) aspectos negativos: agressividade, preguiça, frieza emocional, insensibilidade acentuada, emotividade desequilibrada, passionalidade exacerbada, maldade, irresponsabilidade no cumprimento de obrigações, distração, inquietude, esnobismo, ambição desenfreada, insinceridade, covardia, desonestidade, imaturidade, impaciência, individualismo exacerbado, hostilidade no trato, soberba, inveja, intolerância, xenofobia, racismo, homofobia, perversidade". Tais fatores, segundo o autor, devem ser considerados no contexto do fato praticado, e não como fatos isolados ou quando não repercutem no desrespeito ao direito de terceiros. Para Nucci, se algumas das características negativas elencadas for o móvel propulsor do crime, tal elemento deverá ser tomado em conta para o estabelecimento da pena".

[326] STOCO, Tatiana de Oliveira. *Personalidade do agente na fixação da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 158: "A jurisprudência nacional mostra-se bastante divergente a respeito do conceito

critérios[327], o que é possível diante da grande abertura do tipo, motivo pelo qual se entende inconstitucional referido critério.

O critério é complexo, vago, aberto demais para figurar entre as circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, funcionando, na maioria das vezes como verdadeira passagem, válvula de escape para arbitrariedades, fundadas, via de regra, num direito penal do autor, ignorando o direito penal do fato.

Acrescente-se a isso o princípio da secularização, tão bem analisado por Carvalho[328], moldando uma racionalidade penal pautada pelo garantismo, motivo pelo qual se conclui pela ilegitimidade da consideração da personalidade como critério judicial da individualização da pena.

---

de personalidade e quanto à eleição de critérios materiais de aferição. Ainda que se admita, conforme afirma Paulo José da Costa Junior, que em função da personalidade o juiz poderá tanto exacerbar como atenuar a pena, na maior parte das vezes, segundo a jurisprudência selecionada, a personalidade e outros elementos subjetivos relacionados ao agente servem recorrentemente como porta aberta para um aumento de pena desproporcional ao fato praticado".

[327] Por exemplo, personalidade como sentimentos e valores morais negativos, ou personalidade como expressão do modo de ser, do comportamento pessoal e da conduta de vida, ou ainda confunde com antecedentes, dentre outros critérios, havendo julgados para todos os gostos e acepções mencionadas.

[328] CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 242: "Os valores da tolerância e do respeito à diversidade, que se desdobram da ideia de secularização, definem uma nova racionalidade jurídico penal que será moldada a partir de uma matriz radicalmente oposta ao inquisitorialismo, identificada como sistema de garantias ou, simplesmente, garantismo penal". Merece leitura o estudo a respeito do tema, da separação entre direito e moral, notadamente entre direito e moral eclesiásticas, intrinsicamente relacionado ao direito penal do fato e do autor, tratado no capítulo 2.

5 COMPORTAMENTO DO ACUSADO NO PROCESSO COMO TERMÔMETRO REVELADOR DE SUA PERSONALIDADE?

A resposta imediata à indagação no título do capítulo acima é não.

Não pode o comportamento do acusado no processo, sujeito de direitos que é, servir de termômetro revelador de sua personalidade porque o direito penal na atual ordem constitucional é o direito penal do fato e não do autor. Responde o acusado pelo fato a ele imputado.

A decisão do julgador precisa se reportar a elementos de prova produzidos no juízo penal.

Disso decorre que o acusado da prática de um fato tido como criminosos, após a observância do devido processo legal e exercida de forma efetiva a ampla defesa, se condenado, o será responsabilizado pelo fato, objeto do processo, e que lhe foi imputado e provado.

Fato este tido como crime e, consequentemente, receberá uma pena, prevista em lei e que, quando for aplicada, também nos estritos termos da lei, obedecendo o sistema trifásico, o julgador deverá observar o fato, e não o autor e suas características, especialmente seu comportamento no processo, e não poderá de forma legítima usar o critério legal personalidade do agente como critério judicial para majorar a pena, por tudo que foi falado a respeito de tal critério no capítulo anterior.

Porém, não é o que vem ocorrendo na jurisprudência, com exceções, especialmente do STF.

Se assim for, fere-se o direito penal do fato e desvirtua-se para o direito penal do autor. Mais que isso, afrouxam-se critérios que deveriam ser rígidos, limitações ao poder estatal, dando margem a discricionariedades e subjetividades.

A insegurança jurídica toma conta do que era para ser estritamente legal, objetivo.

Extraem-se consequências negativas do *nemo tenetur se detegere*, quando o acusado fica silente, ou traz sua versão dos fatos, chegando-se ao ponto de, apesar do direito de defesa, e do *nemo tenetur se detegere* com toda sua extensão já consagrada no direito

pátrio, punir o acusado por seus comportamentos processuais, por exercer direitos garantidos constitucionalmente.

Teixeira, analisando o tema em estudo aprofundado, entende que: "[...] o comportamento do réu durante o processo deixa o injusto e a culpabilidade intactos."[329]

Mas não é o que ocorre. Em nome de um punitivismo exacerbado, ignoram-se os primados do direito penal do fato, da culpabilidade pelo fato e no afã de punir mais do que a lei prevê (já está sendo punido o acusado, e ainda assim buscam-se meios de majorar a pena), afrontam-se manifestamente o direito de defesa, na modalidade autodefesa, o direito de não produzir prova contra si mesmo, chegando ao ponto de punir o réu (já punido pela sanção do próprio tipo, na forma qualificada), pelo seu manifesto exercício do direito de defesa, por ter mentido, ou por ter sido arrogante em audiência.

Nesse sentido, Trois Neto ao analisar o interrogatório e as percepções do julgador sobre o comportamento do acusado, aduz que não se deve extrair nenhuma inferência relevante para o desfecho do caso, citando vários autores, dentre eles Ibanez.[330]

E isso é feito com base na personalidade do agente, resgatando um subjetivismo em detrimento do racionalismo das penas, misturando a moral com o direito penal e o mais grave, no caso da mentira do acusado, a seguir analisada nos casos concretos, criando tipo penal de perjúrio, ainda não previsto na legislação penal pátria.

Fere-se, assim, princípio fundante do processo penal na Constituição federal, que é o *nemo tenetur se detegere*, na medida que o acusado é punido justamente – como que num processo Kafkaniano - por ter exercido um direito seu, garantido pela Constituição da República e pelo STF, mas que, mesmo assim, como visto, ainda há muitos julgadores que decidem nesse sentido.

---

[329] TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 153

[330] TROIS NETO, Paulo Mario Canabarro. *Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 181: "sobre as expressões corporais e emocionais do imputado durante seu interrogatório, como o riso, o choro, o olhar, o grau de segurança na fala, dentre outras, embora haja na doutrina quem defenda a possibilidade de sua influência no convencimento judicial, delas não se deve extrair nenhuma inferência relevante para o desfecho do caso, pois cada pessoa tem uma reação diversa em um momento como o interrogatório. Aquilo que alguns podem interpretar como indicativo de uma postura mentirosa, como o piscar de olhos compulsivo, a fala confusa ou a gagueira temporária, pode não ser mais que características de comportamento pessoal, limitações cognitivas ou comunicativas ou, ainda, meros reflexos de um estado de nervosismo. Em um modelo probatório em que a formação do convencimento judicial deve se dar mediante critérios de racionalidade, não há espaço para duvidar do baixíssimo valor epistêmico da máxima 'quem não deve não teme".

E para o STF, como já apontado, quer seja pelo *nemo tenetur se detegere* e direito ao silêncio, que tem seus efeitos estendidos para alcançar eventual mentira do acusado, bem como seu comportamento reticente, quer pela cláusula do due processo of law, não se pode extrair consequências negativas para prejudicar o acusado, quaisquer que sejam elas, desde a punição direta pela mentira ou, ainda, ter a pena majorada.[331]

Assim, eventual mentira ou reticência do acusado em audiência não podem ser consideradas indícios de autoria e culpabilidade, levar a um agravamento da pena e nem servir de parâmetro para avaliação da personalidade e conduta do acusado, em sede de fixação da pena.[332]

5.1 REPERCUSSÃO NO CÁLCULO DA PENA. ESTUDO DE CASOS CONCRETOS

O caso principal que nos levou a estudar o tema, é o de um acusado que, após ter feito e apresentado sua defesa, dando sua versão dos fatos, ao final, na sentença foi condenado e teve a pena majorada, com base na personalidade do agente (artigo 59, do Código Penal), porque, segundo o juiz, teria ele mentido, fazendo letra morta o direito ao silêncio e o de não se auto incriminar, bem como o direito de defesa.

Extraiu-se consequências negativas pelo uso do princípio do *nemo tenetur se detegere* pelo acusado para lhe agravar a pena base, sob argumento de que mentiu e sua mentira, segundo o critério personalidade do agente, é fundamento para majorar a pena.

A partir deste caso, passou-se a pesquisar e a encontrar jurisprudência sobre o tema, onde se constatou não ser um caso isolado.[333]

---

[331] QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova conta si mesmo: o princípio Nemo Tenetur Se Detegere e suas decorrências no processo penal. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. "A eventual mentira e a reticência do acusado não poderão não poderão ser valoradas pelo juiz, como indícios de culpabilidade, porque nada mais são do que expressão do direito a não se auto incriminar. A vinculação da mentira e da reticência do acusado à culpabilidade associa-se, indubitavelmente, à ideia de que o inocente tem todo interesse em dar diretas e amplas explicações sobre o fato delituoso e de que, aquele que mente ou mantém uma postura reticente, no interrogatório, o faz porque não tem elementos a aduzir em sua defesa. Tal posicionamento, além de confrontar diretamente com o nemo tenetur se detegere, é contestado amplamente pela psicologia judiciária".

[332] *Ibib*., p.280.

[333] GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Periculosidade no Direito Penal contemporâneo. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI Eugênio (Coord.). *Direito penal contemporâneo*: questões controvertidas, São Paulo: Saraiva, 2011. p. 237-253. "Na jurisprudência essa percepção também é verificada. Podem ser tomadas como exemplos escolhidos aleatoriamente uma decisão do Supremo Tribunal Federal e outra do Tribunal de Justiça de São Paulo, que, expressamente, reconhecem a 'má personalidade do agente' como justificativa para o aumento de pena."

Ao lado da personalidade, conceito aberto, vago, amplo, que extrapola os limites definidos pela estrita legalidade, há outros critérios no artigo 59, do CP que também trazem essa vaguidade, como a conduta social e antecedentes (antes do fato), mas que não serão objetos do presente trabalho, que se restringe à personalidade.

A partir do mencionado processo, que tramitou numa pequena Comarca do interior de São Paulo, cujo réu era um advogado local, de família de políticos tradicionais (o avô já havia sido algumas vezes prefeito da cidade, a mãe vereadora) e que atuava constantemente no foro local. Ficou evidenciado na sentença que o julgador utilizou o critério da personalidade para punir mais do que a lei previa o acusado, com claro viés de direito penal do autor (para não dizer inimigo).

O que espantou, no início, é que o Tribunal de Justiça de São Paulo manteve o fundamento da personalidade com base na mentira do acusado, aguardando o caso decisão sobre o recebimento dos recursos especial e extraordinário.

Diz-se que no início houve espanto porque, posteriormente, ao pesquisar o tema, qual não foi a surpresa ao tomar conhecimento que do total de casos que o referido Tribunal julga, com base no mesmo critério, a grande maioria das condenações com agravamento da pena pela personalidade e mentira é mantida.

Cite-se estudo realizado por Oliveira, Bruno Almeida, intitulado *"A sanção judicial da mentira no interrogatório do réu: apontamentos sobre um problema paradigmático*[334]*"*, publicado no sitio Justificando, onde é realizada ampla pesquisa sobre o tema no Tribunal de Justiça de São Paulo, no período entre os anos de 2010 e 2012 (três anos). O autor parte do caso amplamente divulgado na imprensa da morte da advogada

---

[334] OLIVEIRA, Bruno Almeida de. A sanção judicial da mentira no interrogatório do réu: apontamentos sobre um problema paradigmático. *Empório de Direito*, Florianópolis, 25 jul. 2015. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/a-sancao-judicial-da-mentira-no-interrogatorio-do-reu-apontamentos-sobre-um-problema-paradigmatico-por-bruno-almeida-de-oliveira/>. Acesso em 18 nov. 2016. No estudo apontado o autor faz um levantamento entre os anos de 2010 e 2012 (três anos), no Tribunal de Justiça de São Paulo, a respeito de todos os casos em que se apreciou eventual mentira dos réus. Na grande maioria deles o termo era ligado à falsa identidade quando abordados pela autoridade policial. A grande maioria dos julgados não acolheu o direito de o réu mentir como consequência do *nemo tentur se detegere*. Veja-se treco das conclusões que chegou com a pesquisa: "Isso considerado, retomando a análise, ao que tudo indica a exegese que admite o dito direito de mentir revelou ser exceção na Corte paulista. É que, na grande maioria, isto é, em 110 dos 130 julgados aludidos, preponderou, em larga medida, a tese oposta, isto é, alguma sanção judicial da mentira". E na minoria dos casos em que se acolheu o direito de mentira, todos envolviam delito de falso. Veja se trecho da conclusão da pesquisa: "Dos 20 julgados em que se acolheu o dito direito de mentir, evidenciou-se em 14 delesa atuação da 7ª Câmara de Direito Criminal, capitaneada pelo desembargador relator Sydnei de Oliveira Jr., sufragando pela absolvição de réus, por atipia, nos termos do art. 386, III do CPP. Todos eles versaram sobre delitos de falso, nos quais os réus foram acusados de mentir.

Mércia, em tese por seu noivo Misael Bispo, que foi condenado pelo tribunal do Júri e, na sentença o juiz entendeu que, com base na personalidade do agente, o réu deveria ter a pena majorada por ter mentido.

No referido caso, que teve ampla cobertura midiática, a mentira ocorreu dentro do processo, como os analisados no presente trabalho, ou seja, não foi caso de falsa identificação ou qualquer outro delito de falso.

Explica-se isso porque a pesquisa tem o mesmo tema que motivou e é tratado na presente dissertação, porém, em referida pesquisa, seu autor acabou por englobar os casos de mentira também fora do processo, ao que parece, sendo seu universo de estudo os casos de mentira dos acusados tanto fora como dentro do processo. E ainda assim se constata que houve uma maior punição ao acusado por ter mentido.

Além da sentença do mencionado caso, divulgada na imprensa e aqui colacionada, o autor do estudo citado analisou vários outros julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo que apenas comprovam o que é defendido na dissertação: o critério judicial personalidade do agente, de fato, abre uma perigosa brecha para o julgador extrapolar os limites da legalidade das penas e majorá-la, resgatando um direito penal do inimigo. Repita-se a advertência, porém, que na pesquisa seu autor não separou, no universo de casos analisados, somente aqueles de suposta mentira dentro do processo, no interrogatório, abrangendo também casos de falsa identidade ou qualquer outro delito de falso.[335]

Com efeito, a quantidade de julgados analisados, a grande maioria, comprova o que aqui se defende, ou seja, que o réu não teria o direito de mentir e é punido quando o faz, ignorando o princípio do *nemo tenetur se detegere*, repercutindo o comportamento do acusado no processo no cálculo da pena.[336]

---

[335]. OLIVEIRA, Bruno Almeida de. A sanção judicial da mentira no interrogatório do réu: apontamentos sobre um problema paradigmático. Empório de Direito, Florianópolis, 25 jul. 2015. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/a-sancao-judicial-da-mentira-no-interrogatorio-do-reu-apontamentos-sobre-um-problema-paradigmatico-por-bruno-almeida-de-oliveira/>. Acesso em 18 nov. 2016. "A referida sanção se deu por dois claros vetores. No primeiro, em apenas 02 julgados ou 1,8% dos 110 aludidos, considerou-se não constituir o suposto direito de mentir decorrência da garantia constitucional da autodefesa. No segundo vetor, atinente aos remanescentes 108 julgados, o dito direito de mentir foi objetado pela configuração de um tipo penal de falso (falsidade ideológica, uso de documento falso, falsa identidade, etc)."

[336] *Ibid*. "Foram examinados todos os 132 acórdãos proferidos em recursos de apelação criminal, entre 2010 e 2012, nos quais se mencionou o marcador direito de mentir. Decerto, diminuta fração dos mais de 150 mil processos criminais, não originários, que a Corte paulista recebeu apenas entre os anos de 2010 e 2011, mas que não ilide a busca de um exame mais acurado sobre o tema. Desde logo, vale salientar que em apenas 02 julgados ou 1,5% dos 132 julgados aludidos, não houve debate sobre o tema direito de mentir, a suscitar, desde logo, a constatação de que o tema sob análise tem sido objeto de apreciação judicial em recursos de

Destoa da orientação da Corte paulista o entendimento do STF sobre a matéria, que teve início em 1991 e, aos poucos, foi se firmando e consolidando o entendimento de que o acusado não pode ser prejudicado pelo exercício do direito ao silêncio e também de eventual mentira, como já mencionado.

5.2 A MENTIRA DO ACUSADO

Caso 1: O caso que despertou o estudo do tema objeto deste trabalho tratava de uma acusação de apropriação indébita qualificada pelo fato de o réu ser advogado em uma pequena Comarca do interior e, em razão da profissão, ter se apropriado de valores que seriam dos clientes.

Será a seguir transcrita a parte da sentença que ignora o *nemo tenetur se detegere* e, entendendo que o réu mentiu no seu interrogatório, majora a pena base, já fixada acima do mínimo legal por outros motivos considerados ilegais pela jurisprudência (culpabilidade gravíssima: majorou comum sexto e maus antecedentes com base em inquéritos):

Autos do processo nº 139/2010 da Comarca de Guará – S.P. Trecho da sentença proferida em 09.04.2013 em que o julgador utiliza o critério da personalidade do agente para majorar a pena base por ter o acusado mentido em seu interrogatório:

> Com relação à personalidade, como ensina o saudoso professor Júlio Fabbrini Mirabete, "*devem ser lembradas as qualidade morais, a boa ou má índole, o sentido moral do criminoso, bem como sua agressividade e o*

---

apelação criminal. Necessário, pois, detalhar em que medida essas apreciações têm ocorrido. Dos 130 julgados nos quais o direito de mentir foi objeto de análise, divisou-se o seguinte quadro: julgados que acolheram e que não acolheram o cogitado direito. Aqueles representaram 20 julgados ou 15% do total; estes, evidentemente, 110 julgados ou 85%". Novamente lembrando que a pesquisa levou em conta os marcadores direito de mentir englobando os casos de falsa identidade, sendo a grande maioria cidadãos com passagens criminais que, quando abordados por policiais apresentam identidade outra que não as suas, na maioria de parentes, sempre apontando que o suposto direito de mentir se revelou exceção, havendo alguma sanção a ele: "A referida sanção se deu por dois claros vetores. No primeiro, em apenas 02 julgados ou 1,8% dos 110 aludidos, considerou-se não constituir o suposto direito de mentir decorrência da garantia constitucional da autodefesa. No segundo vetor, atinente aos remanescentes 108 julgados, o dito direito de mentir foi objetado pela configuração de um tipo penal de falso (falsidade ideológica, uso de documento falso, falsa identidade, etc). Nesse universo, preponderantemente se descortinou que, por ocasião do suposto cometimento de crimes como o de furto, roubo, receptação, tráfico de drogas, estelionato e extorsão, o indivíduo é surpreendido pela polícia, em rondas ou quando da suposta prática de algum outro delito. E, por ter alguma pendência com a justiça ou outros registros criminais que supõe retirar-lhe a credibilidade, acaba por apresentar documento falso (v.g apelação criminal 990.10.159540-0, ano de 2010) ou fornecer o nome de terceiro, não raro o irmão (v.g apelações criminais 990.09.211317-8 e 990.08.037094-4, ano 2010)".

> *antagonismo com a ordem social intrínsecos a seu temperamento*" (MIRABETE, Júlio Fabbrini, Manual de Direito Penal, Parte Geral, 21ª edição, ed. Atlas). No caso em apreço, a **falta do réu com a verdade demonstrou a sua postura antiética e imoral,** já que as provas constantes dos autos demonstraram cabalmente que procurou dar ares de legalidade a sua apropriação, reproduzindo documento irregular. **E, ao mentir, tentou o réu enganar esse magistrado e o próprio Poder Judiciário, a fim de deixar impune o delito por ele praticado, o que não se pode admitir. É certo que não se tipificou como crime o perjúrio em nosso ordenamento jurídico, ao contrário da maioria dos países do tronco anglo-saxão. Mas nem por isso o réu tem o direito constitucional de mentir. Tem, sim, o de permanecer calado, o de omitir (artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal), mas não o de mentir**. A questão se assemelha à fuga do preso, que não é considerada crime, e nem por isso tem ele o direito de fugir. A proporcionalidade entre a ofensa e a resposta estatal é um avanço em legado à sociedade moderna. Não pode ser ignorada ou vista apenas em favor do réu. Assim, **é imperioso punir de forma mais gravosa aquele que mente, que procura enganar a coletividade, que tenta provocar o erro judiciário, do que aquele que apenas se omite, valendo-se do seu direito**. Como ensina Andrey Borges de Mendonça (Prisão e outras Medidas Cautelares Pessoais, 2011, ed. Método, p. 194): "*Parece-nos, assim, que se o juiz constatar que o réu mentiu, poderá considerar tal circunstância no momento da pena*". Se assim não fosse, estar-se-ia permitindo que o réu se beneficiasse da própria torpeza, o que não se admite. Vale ressaltar que não se está a forçar a confissão, que é até mesmo atenuante da pena. Está-se, sim, velando pela verdade, valor a ser sempre defendido pelo Estado, que jamais poderá permitir e estimular a mendacidade. **(+1/6).**

Nesse sentido, emblemática sentença prolatada pelo M.M. Juiz de Direito Leandro Jorge Bittencourt Cano, no processo 0035865-48.2010.8.26.0224 (224.01.2010.035865):

> [...] Com relação à personalidade "devem ser lembradas as qualidades morais do apenado, a sua boa ou má índole, o sentido moral do criminoso, bem como sua agressividade e o antagonismo em relação à ordem social e seu temperamento" (HC 91.176/SP – Relator: Ministro Eros Grau, j. 16/10/2007). Na espécie, a análise dos fatos demonstra que o agente possui uma personalidade agressiva, covarde e irresponsável, além de ter demonstrado frieza em sua empreitada, patenteando intensa violência na prática delitiva.

Não bastassem os tiros, a vítima foi jogada ainda viva numa represa, talvez desacordada, sendo certo que não sabia nadar. Em outras palavras, o resultado morte era mais do que esperado. Tem personalidade egoística voltada à satisfação de seus instintos mais básicos, sendo-lhe indiferente as consequências infaustas de seus atos sobre seus semelhantes. Infelizmente, não existe o crime de perjúrio no ordenamento jurídico pátrio. Por outro lado, não há dúvida sobre o direito ao silêncio, podendo o réu durante o seu interrogatório nada responder sobre uma ou todas as questões que lhe forem dirigidas, sem que isso possa lhe acarretar qualquer prejuízo. Todavia, uma coisa é permanecer em silêncio, ato nitidamente omissivo, outra bem diferente é mentir, conduta altamente ativa, antiética e contrária aos valores mais comezinhos da sociedade, não nos parecendo, assim, que exista uma garantia ao suposto direito invocado. Na verdade, não estamos diante de um direito de mentir, mas simplesmente da não punição criminal da mentira, salvo se a sua postura redundar na inculpação de terceiros, no desvio da investigação para a busca de fatos inexistentes, ou mesmo se consubstanciar na assunção de ilícitos executados por outras pessoas (com o objetivo de inocentar o real criminoso, dando-lhe proteção em troca de uma promessa de recompensa ou qualquer outra espécie de benefício escuso). Com o devido respeito, não se pode tolerar o perjúrio como se fosse uma garantia constitucional, até pelo fato de o réu não precisar mentir para exercer o seu direito ao silêncio. A verdade é sempre um valor a ser defendido pelo Estado, o qual jamais poderá permitir e estimular a mendacidade. Esclarecendo, caso silencie, nada lhe acarretará; logo, não precisa mentir. Ao mentir, o acusado o faz de modo intencional, notadamente para enganar o julgador, na espécie, os jurados, e beneficiar-se da própria torpeza, perfídia ou malícia, em detrimento de bens jurídicos relevantes para a Magna Carta e o processo penal. Se o réu não está obrigado a falar, está cristalino que não precisa mentir. Como ensina Andrey Borges de Mendonça (Prisão e outras Medidas Cautelares Pessoais, 2011, Método, p. 194): "Parece-nos, assim, que se o juiz constatar que o réu mentiu, poderá considerar tal circunstância no momento da pena. Não é que se esteja estimulando a confessar – até porque para isto já há uma circunstância atenuante genérica -, mas apenas negando que ao juiz e ao Poder Judiciário possa se admitir que o réu venha em juízo e, perante um agente do Estado, possa mentir livremente, como se isto fosse algo normal e aceitável, como se entende atualmente". Ora, como a mentira tem por escopo iludir os jurados, ludibriar o "ex adverso", enganar a coletividade e provocar um erro judiciário, tal circunstância negativa sobre a personalidade do acusado será sopesada pelo juiz-presidente na fixação da pena, nos termos do art. 59 do CP. A mentira jamais poderá ser interpretada como direito ínsito, mas como subterfúgio repudiável ao exercício da atividade investigativa e judicante. Parafraseando Pedro Reis (Dever de verdade – Direito de mentir. História do pensamento jurídico. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa. Coimbra Editora. p. 457 e 462, respectivamente), "é de ter-se sempre em conta que onde o silêncio for útil, não se justifica a mentira", pelo que "do direito de calar não decorre um direito de falsear uma declaração". Para Antônio Pedro Barbas Homem (O que é direito?,Lisboa. Principia Editora, Reimpressão, 2007, p. 66), a "verdade brilha e guia a nossa liberdade e a nossa vontade", ao passo que a mentira, ao contrário, "conduz à escuridão e ao vazio". Não se exige o heroísmo do acusado de dizer a verdade auto incriminadora, ou seja, o comportamento de dizer a verdade não é imposto, mas isso não quer dizer que exista o direito de mentir. De acordo com Theodomiro Dias Neto (O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 19, São Paulo: RT, 1997, p. 187" ("Apud" Thiago Bottino. O direito ao silêncio na jurisprudência do STF. São Paulo: Campus Jurídico, 2008, p. 73), a jurisprudência alemã tem, contrariamente da doutrina, "assumido posição diversa, no que se refere à pena, ao interpretar a mentira como indício da personalidade do acusado". Diga-se, por fim, que ao lado dos direitos fundamentais existe uma segunda dimensão, representada pelos deveres fundamentais, isto é, o dever do homem de respeitar determinados valores relevantes para a vida em

> comunidade, de tal modo que os direitos devem ser os canais institucionais que permitam a realização dos deveres **(+ 2 anos)**. [...].

A sentença transcrita acima traz o direito penal do autor em detrimento do direito penal do fato.

Tal decisão viola o próprio sistema de justiça no qual se funda nosso Direito Penal e Processual Penal e, por incrível que pareça, vez ou outra surge, ora como forma de se fazer justiça, ora como forma de uma repentina justiça moralizadora, mas é sempre perigosa por violar princípios elementares, garantais constitucionais do cidadão, dentre elas o direito de defesa e, em suma, sua liberdade, que é a regra em nosso sistema.

A decisão ignora completamente o direito de defesa, além do nemo tenetur se detegere, demonstrando quase que uma "vingança" do julgador, pelo fato de, segundo ele, o réu ter mentido e tentado enganar o juízo e a coletividade.

O excesso na decisão é patente e, mesmo assim, o Tribunal manteve a decisão quanto a este aspecto. Aguarda-se decisão do STJ.

Especialmente em momentos como atual, de crises, se torna ainda mais importante manter a eficácia das garantias constitucionais contra um excesso punitivo realizado pela deturpação da função do Direito Penal, utilizado não para conter o poder do Estado, mas para majorá-lo, e o que é pior, sob o manto de uma suposta legalidade e moralidade.

Por mais que se tente justificar, diante do ordenamento jurídico pátrio não há que se falar em consequências negativas, em punição pelo fato de o réu ter mentido, como mostrado pela doutrina e jurisprudência mencionadas. Inobstante, o Tribunal de Justiça de São Paulo, seguindo sua linha de entendimento majoritário em relação ao tema, manteve os termos da decisão no tocante à majoração da pena pela pretensa mentira do acusado, com base na personalidade, em evidente utilização de direito penal do autor, com forte carga punitivista. O processo ainda não transitou em julgado e aguarda manifestação do STJ e STF.

O segundo caso, que foi analisado já foi transcrito acima, na própria sentença do primeiro julgado, pelo próprio julgador, e trata de processo do tribunal de júri, que teve repercussão nacional que foi a morte da advogada Mércia, tendo como réu seu namorado.

Em casos que tais, por ser de competência do júri a decisão sobre a procedência ou não da acusação, restando ao juiz a aplicação da pena, mostra-se mais grave ainda o juiz majorar a pena com base na personalidade.

E isso porque, em que pese a aplicação da pena ser sua atribuição legal, o fato, o autor – e sua personalidade, seu comportamento em plenário – dever ser analisado e julgado pelos jurados, juízes naturais da causa, segundo determinação constitucional, e não pelo juiz togado, havendo, ao que parece, usurpação e competência constitucional, ainda que na fixação da pena, pois o critério utilizado, apesar de sua ilegalidade e inconstitucionalidade mencionados, também traz mais essa irregularidade.

Com efeito, o autor tem que ser punido pelo fato. O fato é submetido ao julgamento pelos jurados e, uma vez condenado pelo fato, não é dado ao juiz togado o poder de, já tendo sido condenado, punir o réu mais do que a lei prevê e por um fato não submetido aos jurados, que é a personalidade do autor e sua pretensa mentira.

5.3 ARROGÂNCIA EM AUDIÊNCIA

Em razão da atividade profissional, como no caso acima, foi obtido acesso a uma decisão de primeiro grau na Justiça Federal em São Paulo que, também com base na personalidade, majorou a pena base pelo fato de, no entendimento do julgador, o acusado ter se mostrado arrogante na audiência.

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, porém, corrigiu o arbítrio e reduziu a pena por entender que não pode o juiz utilizar como critério percepções pessoais, subjetivas, desconectadas com o fato imputado a ele. Ou seja, restabeleceu o direito penal do fato, em detrimento do direito penal do autor:

> Acórdão – 5ª Turma TRF 3ª Região – nos autos da Apelação n.º 0001686-91.2003.4.03.6114
> "**Personalidade:** Na decisão de primeiro grau, **concluiu-se que o réu mostrou-se arrogante, adotando uma postura de superioridade.** Em desfavor do réu também estariam a sua ousadia com a qual praticou os delitos, fazendo crer que a empresa nada valia, consoante os impostos declarados ao Fisco e os valores apurados. Ao alegar estar sendo perseguido pela empresa Coca-Cola, estaria negando expressamente essa realidade. Por fim, considerou-se que as 'manobras para levar a efeito o ilícito mostram-se extremamente arrojadas e demonstram a falta de preocupação com os possíveis riscos, tanto que perpetradas vinte e três vezes'.
> A tese de X (acusado): de acordo com o acusado, havia um conluio do ex-contador da empresa com o auditor da empresa, patrocinado pela empresa Coca-Cola. Estes teriam

> tentado extorquir a empresa por ele administrada, o que o levou a crer que os débitos não existiam, tendo sido por eles forjados.
> **A conclusão a que se chega acerca da personalidade do réu é a seguinte**: o que efetivamente restou comprovado nos autos foi a sonegação fiscal por ele perpetrada na condição de administrador da empresa, e **não se evidencia, do teor de seu interrogatório, tenha ele se mostrado arrogante ou superior e, se efetivamente o foi, não revela tal fato que possua uma personalidade deturpada, voltada para o cometimento de crimes, ou que tenha como foco prejudicar terceiros. A forma como tentou se escusar da responsabilidade penal, a rigor, também não possui o condão de exasperar a pena, podendo o réu negar a verdade ou fazer afirmação falsa como meio de defesa.** Por fim, as manobras levadas a efeito para a consecução do crime, assim como a ousadia e o arrojo do réu se voltam muito mais para a culpabilidade do que para a personalidade do agente, como prevê a lei.

Bem diferente da reação do Tribunal de Justiça de São Paulo, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, neste caso específico reformou a decisão de primeiro grau para corrigir a aplicação da pena que majorou ilegalmente a reprimenda, com base na personalidade do agente.

Restabeleceu o acordão citado o direito penal do fato, expurgando o do autor , além de deixar claro que o que restou comprovado foi o fato e não a personalidade do acusado.

Além disso, restabeleceu o *nemo tenetur se detegere* como princípio fundante do processo penal pátrio, inclusive quanto a sua extensão ao suposto direito de mentir do acusado, não podendo ele ser penalizado por isso: "**A forma como tentou se escusar da responsabilidade penal, a rigor, também não possui o condão de exasperar a pena, podendo o réu negar a verdade ou fazer afirmação falsa como meio de defesa."**

Declara o direito de defesa, veda a autoincriminação, focalizando no aspecto mais amplo, de defesa e de que o réu não pode ser punido pelo exercício de um direito garantido constitucionalmente.

CONCLUSÕES

Os contornos dados pela Constituição Federal ao Estado brasileiro o caracterizam como democrático e de direito.

Em sendo assim, a regra é a liberdade dos cidadãos, sendo que qualquer limitação a essa liberdade, considerada em seu sentido mais amplo possível, só poderá ocorrer excepcionalmente e em virtude de lei, que deve ser estrita, certa, clara, objetiva.

É a legalidade, dos crimes e das penas, base do Estado de Direito, que deve ser observada, formal e substancialmente.

Nesse quadro, o direito penal e o processo penal atuam como limitação do Poder punitivo estatal, em que pese o movimento pendular apontar, atualmente, pelo lado contrário, do endurecimento do poder punitivo e desrespeito às garantias essenciais do processo e do direito penal.

Dentro desse contexto, foi estudado e pesquisado o comportamento do acusado no processo, figurando este como sujeito de direitos, dentro do sistema acusatório, que ainda titubeia em se firmar. O que é compreensível, pois em termos históricos ainda somos um Estado de direito democrático relativamente novo, mas não aceitável, diante da clara violação de direitos com o fim de punir.

E sujeito de direitos que é, o cidadão suspeito, investigado ou acusado, está amparado pela presunção de inocência e pelo *nemo tenetur se detegere*, princípio que veda a auto incriminação, garante o direito ao silêncio, que dele decorre, mas não se confunde, pois é mais restrito, a não punição por faltar com a verdade quando apresenta sua versão dos fatos (direito à mentira, para alguns), o direito de ausência e também o direito de não se extrair de quaisquer desses comportamentos, nenhuma consequência negativa.

Essa a garantia em toda sua extensão que decorre do simples fato de o cidadão ser sujeito de direitos na atual ordem constitucional.

A teoria, porém, na prática sofre violações, em que pese o entendimento do STF a respeito do tema, garantido o direito a não autoincriminação de forma ampla.

No aspecto penal, a aplicação da pena sofreu várias críticas, sendo que as principais foram centradas no artigo 59, do Código penal e, nele, o critério da personalidade do agente como critério para majorar a pena judicialmente aplicada.

Há um excesso de subjetivismo que faz o sistema se afastar da razão e, com isso, também do direito penal do fato, aproximando-se do direito penal do autor, modernamente rotulado como direito penal do inimigo.

Unindo os dois assuntos pesquisados, percebeu-se, pelos casos práticos mencionados, bem como a jurisprudência em geral, que o comportamento do acusado no processo, em que pesem as garantias estampadas na Constituição e a posição do STF a respeito do tema, ainda continua sendo um termômetro revelador de sua personalidade e, consequentemente, repercutindo no cálculo da pena, indevida, ilegal e inconstitucionalmente.

Conclui-se que ainda há muito do direito penal do autor, por força do critério personalidade do agente, vago, poroso, amplo, verdadeira brecha que há na estrita legalidade das penas e que, de acordo com a pesquisa, não se mostra legítimo para ocupar o papel que desempenha no ordenamento jurídico, motivo pelo deve ser suprimido, reduzindo a subjetividade do sistema.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *A garantia de não auto-incriminação*: extensão e limites. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

AMARAL, Claudio do Prado. *Bases teóricas da ciência PenalcContemporânea*: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade do risco. São Paulo: Ibccrim, 2007.

AMBOS, Kai; POSCHADEL, Annika Maleen. Terroristas e o devido processo legal. O direito possui um devido processo para os supostos terroristas detidos na Baía de Guantânamo. In: AMBOS, Kai. *Ensaios de Direito Penal e Processual Penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 136-174.

AMODIO, Ennio. Diritto al silenzio o dovere di colaborazione? *Revista de Diritto processuale*, Pádua, n. 3, jul-set. 1974.

_____. Prove legali, legalità probatoria e politica processuale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, p. 373-376, 1974.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

ARMENTA DEU, Theresa. *Princípio acusatório y Derecho Penal.* Barcelona: J.M. Bosch Editor. 2005.

_____. *La prueba ilícita (un estudio comparado)*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

AVOGLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas*: interceptações telefônicas e gravações clandestinas. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

AZEVEDO, David Teixeira de. *Dosimetria da pena*. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Atualidades no Direito e Processo Penal*: o interrogatório do réu e o direito ao silêncio - São Paulo: Ed. Método, 2001.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Medidas cautelares patrimoniais no processo penal. In: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (Coord.). *Direito penal econômico*: crimes econômicos e processo penal. São Paulo: Saraiva, 2008. p. [167]-201.

_____. *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Ônus da prova no Processo Penal*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Quem está preso pode delatar? *Jota*, 23 jun. 2015. Disponível em: <http://jota.info/artigos/quem-esta-preso-pode-delatar-23062015>. Acesso 30 abr. 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de Dinheiro*: aspectos penais e processuais penais. São Paulo: 2016.

BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de Derecho Penale*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

_____. *Derecho Penal y el Estado de Derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal:* introdução à Sociologia do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro.* 12. ed. Rio de Janeiro: Revan. 2015.

BECARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas.* 11. ed. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus editora, 1995.

BECHARA. Ana Elisa Liberatore S. Direitos Humanos e Direito Penal: limites da intervenção penal racional no Estado Democrático e de Direito**.** In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio. *Direito Penal contemporâneo*: questões controvertidas. São Paulo: Saraiva, 2011.

BATTISTELLI, Luigi. *A mentira nos tribunais*: estudos de psicologia e psicopatologia judiciária. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1977.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*: causas alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*. São Paulo: Saraiva. 2014.

BIZZOTTO, Alexandre. *A mão invisível do medo – e o pensamento criminal libertário*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

BOSCHI, José Antônio Paaganela. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2014.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BOTTINO, Thiago. *O direito ao silêncio na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

_____. A Inconstitucionalidade da Condução coercitiva. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 285, ago. 2016.

BOZZA, Fabio da Silva. *Teorias da pena*: do discurso jurídico à crítica criminológica. 2. ed. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2015.

BUERGO, Blanca Mendoza. *El Derecho Penal em la sociedade del riesgo*. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción al Derecho Penal*. 2. ed. Santa Fe de Bogota: Temis, 1994.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal:* parte geral. São Paulo: Atlas, 2013.

BUSATO, Paulo Cesar. *O preso como inimigo: A destruição do outro pela supressão da existência comunicativa.* Revista CEJ, v. 16, n. 57, maio/ago.2012.

BUZELLI, Silvia. Il contributo dell'imputato alla ricostruzione del fatto. In*:* UBERTIS, Giulio (Org.). *La conoscenza del fatto nel processo penale*. Milano: Giuffré, 1992. p. 79-89.

CAAMAÑO, Francisco. *La garantia constitucional de la inocência – propuestas* – Valencia. Universitat de valencia, 2003.

CALEGARRI, André Luis. *Direito Penal do Inimigo*: noções e críticas*.* 3. ed. Organização e tradução Callegari, André Luis e Giacomolli, Nereu José. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CÂMARA, Guilherme Costa. Beccaria e o pensamento jurídico-criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.11. n.44. p.301-35. jul./set. 2003.

CARNELUCCI, Francesco. *Lecciones sobre el Processo Penal*. Tradução Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bosch, 1950. v. 2.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do Direito Penal.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Salo de; LIMA. Camile Eltz de. *Delação premiada e confissão*: filtros constitucionais e adequação sistemátic*a*. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo 201000624175038.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2016.

CASARA, Rubens. *Em nome da luta contra a corrupção, gera-se mais corrupção.* Artigo publicado no site justificando.com.br em 3.12.16.

_____. *Mitologia processual*. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Processo penal do espetáculo. In: PRADO, Geraldo. *Processo Penal e garantais*: estudos em homenagem ao Professor Fauzi Hassan Choukr. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 497-500.

_____. Vamos comemorar um tribunal que julga de acordo com a opinião pública? *Justificando*, São Paulo, 12 mar. 2016. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/03/12/vamos-comemorar-um-tribunal-que-julga-de-acordo-com-a-opiniao-publica/>. Acesso em 27 out. 2016

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CHIAVARIO, Mario. La presunzione d'innocenza nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in *Studi Giandomenico Pisapi.*

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias Constitucionais na investigação criminal*. 3. ed. Rio De Janeiro: Lúmen Júris, 2006

CLIMENT DURÁN, Carlos. *La prueba penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali*. Milano: Giuffrè, 1963.

CÓRDOBA , Gabriela. *Nemo tenetur se ipse accusare*: principio de pasividad. In: Estudio sobre justicia penal. Libro Homenaje al Profesor Julio B. Maier. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005.

CORRÊA DA LUZ, Yuri. *Entre bens jurídicos e deveres normativos. Um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo.* São Paulo: Ibccrim, 2013.

COSTA, Fernando José da; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Código Penal comentado.* 10. ed. São Paulo: Saraiva,

COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Sistema acusatório e outras questões sobre a reforma global do CPP. In: O novo Processo Penal à luz da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 3.

DAMASKA, Mirjan R. *I volti della giustizia e del potere*, tradução Andrea Giussani e Fabio Rota, Bologna: Il Mulino, 1991.

_____. Evidentiary barriers to conviction and two models of procedure: a comparative study. *University of Pennsilvania Law Review*, n. 121, p. 507-89, 1973.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. *Inatividade no Processo Penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2001.

_____. *Código Penal comentado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto. Código Penal Comentado. 9. ed. São Paulo: Saraiva: 2016.

DENTI, Vittorio. L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei. *Rivista di Diritto Processuale*, Milano, p. 31-70, 1965.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito Tributário, Direito Penal e tipo*. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008.

DIAS NETO, Theodomiro.. O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte americano. RBCCrim, São Paulo, n. 19, p. 179-204, jul./set. 1997.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal*: tipo processual, provas típicas e atípicas. Campinas: Millennium, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*: parte geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. Tomo 1: Questões fundamentais: a doutrina geral do crime.

_____. Ónus de alegar e de provar em processo penal? *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n. 105, p. 125-43, 1971.

_____. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DOTTI, René Ariel. A atenuante da confissão. In: *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal brasileiro anotado. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. v. 3.

ESTELLITA, Heloisa. A delação premiada para a identificação dos demais coautores ou partícipes: algumas reflexões à luz do devido processo legal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 17, n. 202, p. 2-3, set. 2009.

FARIA, André. *Os poderes instrutórios do juiz no processo penal*: uma análise a partir do modelo constitucional de processo. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

FOSCHINNI, Gaetano. *L'imputato*. Milão: Giuffrè, 1956.

FERRER BELTRAN, Jordi. *Prova e verità nel diritto*. Tradução Valentina Caraveli. Bologna: Il Mulino, 2004.

FERNANDES, Og. et al. (Coord.). *Medidas cautelares no processo penal*: prisões e suas alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, Hermenêutica e (neo) constitucionalismo*: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; TERRA DE OLIVEIRA, Willian; COUTO DE BRITO, Alexis. *Direito Penal brasileiro*: parte geral – Princípios Fundamentais e Sistema. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*: parte geral. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001. 2 v.

GARAPON, Antoine. *Bem julgar*: ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*: bases argumentales de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 1999.

GIACOMOLI, Nereu José. *O devido processo penal*: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica – cases da Corte Interamericana do Tribunal Europeu e do STF. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. (Org.). *Processo Penal e garantais constitucionais*: estudos para um processo penal democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

_____. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 3. ed. Organização e tradução Callegari, André Luis e Giacomolli, Nereu José. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *Direito à prova no processo penal.* São Paulo: Revista dos Tribuanais, 1997.

_____. *A motivação das decisões penais.* 2 ed. São Paulo, RT, 2013.

_____. Provas – Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal. As novas Leis de 2008 e os Projetos de Reforma*. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo, DPJ, 2005. p. 303-318.

_____. O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. *Revista do Advogado.*

GOMES, Luiz Flavio; BIANCHINI, Alice. *O Direito Penal na era da globalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito Penal e interpretação jurisprudencial*: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Periculosidade no Direito Penal contemporâneo. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI Eugênio (Coord.). *Direito penal contemporâneo*: questões controvertidas, São Paulo: Saraiva, 2011. p. 237-253.

_____. *Direito Penal e interpretação jurisprudencial*: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes. São Paulo: Atlas, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *Sobre a prestação jurisdicional.* São Paulo: Malheiros, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos - prevenção - repressão.* 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. rev. atual. e ampl. com a colaboração de João Daniel Rassi. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Manual de Processo Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Tipicidade, bem jurídico e lavagem de valores. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antônio Marques da (Coord.). *Direito Penal especial, processo penal e direitos fundamentais*: visão luso-brasileira. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006.

_____. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *Lei de Drogas Anotada*. Saraiva, 2007.

GRECO, Luis. *Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. v. 1.

_____ *Código Penal Comentado*. 4. ed. Niterói-RJ: Impetus Editora. 2010.

GREER, Steven. The right to silence: a review of the current debate. Londres, v. 53, n. 6, nov. 1990.

GREVI, Vittorio. *Nemo tenetur se detegere*, Milano: Giuffrè, 1972.

_____. Il diritto al silenzio dell'imputato sul fatto proprio e sul fatto altrui. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, p. 1129-50, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*: as interceptações telefônicas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1976.

_____. Interrogatório do réu e direito ao silêncio. *Convívio*, São Paulo, n. 1, p. 15-31, 1976.

_____. As provas ilícitas na Constituição. In: *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. p. 45-53.

GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. São Paulo, Revista do Tribuanis, 2011.

HASSEMER, Winfried. *Direito Penal libertário*. Tradução Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____ Introdução aos fundamentos do direito penal . Tradução: P. R. Alflen da Silva, Porto Alegre: Fabris, 2005.

HUERTAS MARTÍN, M. I. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Barcelona: Bosch, 1999.

JAKOBS, Günther *Fundamentos do direito penal.* Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Direito Penal do inimigo*: noções e críticas. 3. ed. Organização e tradução, André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

JARDIM, Afranio Silva. *Direito Processual Penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1999.

KARAM, Maria Lucia. *Liberdade, presunção de inocência e direito à defesa.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *A privação da liberdade*: o violento, danoso, doloroso e inútil sofrimento da pena. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo*. Rio De Janeiro: Lumen Juris, 2009. v.1

KHALED JR., Salah. *A busca da verdade no processo penal – para além da ambição inquisitorial.* São Paulo: Atlas, 2013.

LEMOS JUNIOR, Ivaldo. *Cláusula Miranda e os três fantasmas que se divertem no processo penal brasileiro*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

LEVY, Leonard W. *Origins of the fifith emendment*. Nova York: Oxford University Press, 1968.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional).* Rio de Janiero: Lumen Juris, 2010.

_____. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013.

LUISI, Luiz. *Princípios constitucionais penais.* 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.

MACHADO, Marta Rodríguez de Assis. *Sociedade do Risco e Direito Penal*: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCrim, 2005.

MARQUES, Oswaldo Henrique. Duek. *Fundamentos da Pena*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MORAIS, Maurício Zanoide de. Direito ao silêncio no interrogatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 137, abr./jun. 1994.

MALAN, Diogo Rudge. Condução coercitiva do acusado (ou investigado) no processo penal. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 266, jan. 2015.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1961. v. 2.

MASSUD, Leonardo. Da pena e sua fixação. São Paulo: DPJ, 2009.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. Teoria dos tipos Penais: parte especial do Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio. *Direito Penal contemporâneo*: questões controvertidas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. Significado do direito de defesa. In: BASTOS, Celso. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1998.

MIRFIELD, Peter. *Silence, confessions and improperly obtained evidence*. Oxford: Clarendon, 2003.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no Processo Penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2010.

MOTTA, Ivan Martins. *Erro de proibição e bem jurídico penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribuanis, 2012.

_____. *Individualização da pena.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Provas no processo penal.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Princípios constitucionais penais e processuais penais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o Direito Penal brasileiro. Direito de intervenção, sanção penal e administrativa.* São Paulo: Ibccrim, 2013.

OLIVEIRA, Bruno Almeida de. A sanção judicial da mentira no interrogatório do réu: apontamentos sobre um problema paradigmático. **Empório de Direito**, Florianópolis, 25 jul. 2015. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/a-sancao-judicial-da-mentira-no-interrogatorio-do-reu-apontamentos-sobre-um-problema-paradigmatico-por-bruno-almeida-de-oliveira/>. Acesso em 18 nov. 2016.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Ingerência indevida*: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011.

_____. *Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PASCHOAL, Luana. *O juiz e a aplicação da pena*: análise doutrinária, jurisprudencial e deontológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo Penal. O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Constituição da República e Processo Penal*. Disponível em: <www.sergio.pitombo.nom.br/files/word/const_rep.doc>. Acesso em: 28 out. 2016. Palestra proferida em outubro de 1995 na Justiça Federal de São Paulo.

PITOMBO, Sergio Marcos de Moraes. *Pronúncia in dubio pro societate*. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, v.4, n. 1, 2003.

_____. *Organização criminosa*: nova perspectiva do tipo legal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Geraldo O direito ao silêncio. *Juris Poiesis Revista de Direito dos Cursos da Universidade Estácio de Sá*, Rio de Janeiro, v.1, n. 1

_____. *Sistema Acusatório*: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Da delação premiada: aspectos de Direito Processual. *Empório do Direito*, Florianópolis, 17 maio, 2015. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/da-delacao-premiada-aspectos-de-direito-processual-por-geraldo-prado/>. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. Excepcionalidade da prisão provisória: comentários aos artigos 311-318 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. In: FERNANDES, Og. *Medidas cautelares no processo penal*: prisões e suas alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. cap. 3.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

PRITTWITZ, Cornelius. "*O direito Penal entre o direito penal do risco e o direito penal do inimigo"*; tendências atuais em direito penal e política criminal. Revista Brasileira de Ciêncais Criminais, n. 47, São Paulo: RT, p. 31-45.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova conta si mesmo*: o princípio *Nemo Tenetur Se Detegere* e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2012. Nota de rodapé 124 diz que é segunda edição. Cf e mudar nas outras notas

QUEIROZ, Paulo. A justificacao do direito de punir na obra de Luigi Ferrajoli: algunas observacoes criticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.7. n.27. p.143-8. jul./set. 1999.

RAMOS, André de Carvalho. Limites ao poder de investigar e o privilégio contra a autoincriminação à luz do Direito Constitucional e do Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flavio (Coord.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 1.

RIPOLLÉS, José Luis Diéz. *A racionalidade das leis penais*: teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RODRIGUES, Ricardo de Carvalho. *Humanização das ideias penais?* Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2015.

ROSA, Alexandre Moraes da. Como é possível ensinar processo penal depois da operação "lava jato"? Consultor Jurídico, São Paulo, 4 jul. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-04/diario-classe-possivel-ensinar-processo-penal-depois-lava-jato>. Acesso 28 set. 2016.

ROSA, João Guimarães. *Grande sertão*: veredas. 19. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

SOUZA, João Fiorilo de. *A iniciativa instrutória do juiz e o sistema processual brasileiro*: uma abordagem a partir do garantismo de Ferrajoli. São Paulo: Juruá, 2013.

ROXIN, Claus. *Novos estudos de Direito Penal.* Org. Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. ROXIN, Claus. *La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias*, Buenos Aires: Hamurabi, 2008.

_____. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução Luís Greco.

SAAD, Marta. Assimilação das finalidades da pena pela prisão preventiva. *Revista Eletrônica de Direito Penal,* Rio de Janeiro, v. 1, n.1 p.247-262, jun. 2013.

_____. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena – conceito material de delito e sistema penal integral.* São Paulo: Quartier Lantin, 2009.

SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal*: parte geral. Paraná: ICPC. 2015.

_____. *O Direito Penal do inimigo – ou discurso Direito Penal desigual*. Disponível em <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf>. Acesso em: 19 maio 2016.

SCARANCE FERNANDERS, Antônio. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Direito Penal Econômico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHUNEMANN, Bernd. O princípio de proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. In: GRECO, Luís. (Coord.). *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SICA, Leonardo. *Direito Penal de emergência e alternativas à pena de prisão.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximação ao Direito Penal contemporâneo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *A expansão do Direito Penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STOCO, Tatiana de Oliveira. *Personalidade do agente na fixação da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SUANNES, Adauto. *Os Fundamentos éticos do devido processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992.

_____. *La semplice verità. Il giudice e la costruzione di fatti*. Roma-Bari: Laterza, 2009.

_____. *Uma simples verdade*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena*: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

THUMS, Gilberto. *Sistemas Processuais Penais – tempo – tecnologia – dromologia – garantismo*. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal.* São Paulo: Saraiva, 1994.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 4.

TROIS NETO, Paulo Mario Canabarro. *Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no Processo Penal brasileiro*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

UBERTIS*, Giulio. Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo.*

_____. Fatto e valore nel sistema probatorio penale. Milano:Giuffrè, 1979.

_____. (Org.). La conoscenza del fatto nel processo penale, Milano: Giuffrè, 1992.

VASCONCELLOS, Marcos. Raúl Zaffaroni ataca decisão do TRF-4 que deu carta branca para "lava jato". *Consultor Jurídico*, São Paulo, 30 out. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-out-30/zaffaroni-ataca-decisao-trf-deu-carta-branca-lava-jato>. Acesso 29 nov. 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal.* 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*: Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribuanis, 2004.