



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

**COLABORAÇÃO PREMIADA E DIREITO À NÃO
AUTOINCRIMINAÇÃO: (in)constitucionalidade da renúncia do direito ao
silêncio prevista na Lei 12.850/2013.**

**Natal(RN)
2016**

FELIPE LUIZ MACHADO BARROS

**COLABORAÇÃO PREMIADA E DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO:
(in)constitucionalidade da renúncia do direito ao silêncio prevista na Lei 12.850/2013.**

Dissertação apresentada à banca de defesa do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (PPGD), Curso de Mestrado, para Turma Especial (ESMARN), Área de Concentração “Constituição e Garantia de Direitos”, Linha de Pesquisa II (“Processo e garantias de direitos na Constituição”), alínea b (“Garantias Constitucionais do Processo”), como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Leonardo Martins.

Catálogo da Publicação na Fonte.
UFRN / Biblioteca Setorial do CCSA

Barros, Felipe Luiz Machado.

Colaboração premiada e direito à não autoincriminação:(in)constitucionalidade da renúncia do direito ao silêncio prevista na Lei 12.850/2013 / Felipe Luiz Machado Barros. - Natal, RN, 2016.

148 f.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Martins.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Programa de Pós-graduação em Direito.

1. Processo penal constitucional – Dissertação. 2. Colaboração premiada – Dissertação. 3. Direito ao silêncio - Dissertação. 4. Direitos fundamentais – Dissertação. 5. Constitucionalidade – Dissertação. I. Martins, Leonardo. II. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. III. Título.

RN/BS/CCSA

CDU 343.1:342

FELIPE LUIZ MACHADO BARROS

**COLABORAÇÃO PREMIADA E DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO:
(in)constitucionalidade da renúncia do direito ao silêncio prevista na Lei 12.850/2013.**

Dissertação aprovada em 29/março/2016, pela banca examinadora formada por:

Presidente:

Professor Doutor Leonardo Martins
(Orientador - UFRN)

Membro:

Professor Doutor Francisco Seráfico da Nóbrega Coutinho
(Examinador externo à UFRN)

Membro:

Professor Doutor José Orlando Ribeiro Rosário
(Examinador da UFRN)

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo dom da vida e da existência, pela saúde para poder completar meus objetivos.

Aos meus pais, sempre, pela educação e suporte ao longo da vida, e à minha esposa e filhos amados, pela paciência e por minhas horas de ausência declinadas em favor dos estudos.

Ao meu querido orientador, Prof. Dr. Leonardo Martins, pela inspiração para estudar direitos fundamentais, retirando-me da zona de conforto.

Aos professores do PPGD-UFRN que lecionaram neste curso, pelos aportes teóricos inestimáveis, e à Professora Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva, que acreditou no projeto.

Aos meus colegas, companheiros de sala de aula e de luta, gratidão pelos esforços em conjunto.

À Professora Sara Andrade, da ESMARN, pelo inestimável apoio pedagógico com o projeto de pesquisa.

À minha equipe da Vara Criminal de Macaíba, pelo amparo técnico durante a realização do mestrado, sem afastamento das minhas funções.

Ao meu Tribunal, onde entrei estagiário e hoje estou como juiz, sempre me incentivando a estudar cada vez mais e me tornar um profissional melhor, bem assim à ESMARN, pela oportunidade criada na exitosa parceria com a UFRN.

RESUMO

BARROS, Felipe Luiz Machado. **COLABORAÇÃO PREMIADA E DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO: (in)constitucionalidade da renúncia do direito ao silêncio prevista na Lei 12.850/2013**. 2016. f. 112. Dissertação de Mestrado – Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal.

Esta dissertação tem o objetivo de investigar a relação entre o direito ao silêncio previsto no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal brasileira e a previsão de renúncia a esse direito trazida com o instituto da colaboração premiada, mais precisamente no art. 4º, § 14, da Lei 12.850/2013, verificando-se eventual inconstitucionalidade do dispositivo. A fim de alcançar o objetivo, é feito exame do processo de constitucionalização dos direitos fundamentais, a partir da 2ª Guerra Mundial, com visitação a algumas das teorias sustentadas. O fenômeno do crime organizado também passa pelo estudo, visto que o instrumento da colaboração premiada foi criado justamente para dotar os órgãos de persecução criminal desse meio de obtenção de prova. O suporte metodológico-jurídico do trabalho será na Teoria Liberal dos Direitos Fundamentais, de modo que será estudada a dogmática de tal teoria, por meio da qual será examinada a constitucionalidade da renúncia ao direito ao silêncio no âmbito da colaboração premiada, no contexto do crescente desenvolvimento de organizações criminosas, necessidade de aparelhamento do Estado de instrumentos de combate ao crime organizado, paralelo ao necessário respeito aos direitos fundamentais e limites às intervenções estatais na esfera individual.

PALAVRAS-CHAVE: Colaboração premiada. Direito ao silêncio. Direitos fundamentais. Constitucionalidade. Processo penal constitucional.

ABSTRACT

This dissertation it aims to investigate the relationship between the right to silence provided for in art. 5, LXIII, the Brazilian Federal Constitution and the prediction of waiver of that right brought with the plea arrangement institute, more precisely on the article 4, § 14 of Law 12,850/2013, verifying any state's evidence. In order to achieve the objective, it is taken from the constitutional process of fundamental rights, from the 2nd World War, with visits to some of supported theories. Organized crime phenomenon also goes by the study, as the plea arrangement institute tool was created to provide the criminal prosecution bodies of the means of obtaining evidence. The methodological and legal support work will be in the Liberal Theory of Fundamental Rights, so that will be studied dogmatic of such a theory, by which the constitutionality of the waiver of the right to silence under the plea arrangement institute, will be examined in the context of growing development of criminal organizations, need to equip the state to combat organized crime instruments, parallel to the necessary respect for fundamental rights and limits on government intervention in the individual sphere.

KEY-WORDS: Plea arrangement institute institute. Right to silence. Fundamental rights. Constitutionality. Constitutional criminal process.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	08
2	A PRODUÇÃO, LEITURA E INTERPRETAÇÃO DAS LEIS A PARTIR DO NEOCONSTITUCIONALISMO.....	13
3	PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO: entre a eficiência na busca por punição e o respeito aos direitos fundamentais.....	35
3.1	A EVOLUÇÃO DO PROCESSO PENAL: DO SISTEMA INQUISITORIAL ÀS GARANTIAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS	38
3.2	A OPÇÃO CONSTITUCIONAL PELO SISTEMA ACUSATÓRIO E SUAS CONSEQÜÊNCIAS PARA O PROCESSO PENAL.....	42
3.2.1	O sistema inquisitório.....	43
3.2.2	O sistema acusatório.....	45
4	A TEORIA (LIBERAL) DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: sua aplicação no exame dos direitos fundamentais.....	51
4.1	LIBERALISMO JURÍDICO E LIBERALISMO ECONÔMICO.....	51
4.2	PRINCÍPIOS REITORES: DISTRIBUTIVO E DA SEPARAÇÃO DAS ATIVIDADES LEGISLATIVA, E DE APLICAÇÃO DO DIREITO.....	53
4.3	O QUE SÃO DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	54
4.4	CATEGORIAS E FUNÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	56
4.4.1	Direitos de <i>status negativus</i>	57
4.4.2	Direitos de <i>status positivus</i>	57
4.4.3	Direitos de <i>status activus</i>	58
4.4.4	Direitos coletivos.....	58
4.4.5	Garantias de organização.....	59
4.4.6	Deveres fundamentais.....	60
4.4.7	Direitos fundamentais acompanhados de deveres do titular.....	65
4.4.8	As garantias constitucionais.....	66
4.5	A NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO CONSTITUCIONAL AO SILÊNCIO: DIREITO OU GARANTIA FUNDAMENTAL?.....	67
4.6	O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ATRAVÉS DA DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	70
4.6.1	Área de regulamentação.....	de 71
4.6.2	Área de proteção (parâmetro do exame de constitucionalidade).....	72
4.6.3	Constatação da intervenção estatal na liberdade (objeto do exame de constitucionalidade).....	73
4.6.4	Justificação constitucional (dogmática dos limites constitucionais).....	74
4.6.5	Critério da proporcionalidade.....	76
5	O CRIME ORGANIZADO E A NECESSIDADE DA CRIAÇÃO DE TÉCNICAS ESPECÍFICAS DE INVESTIGAÇÃO E DE PERSECUÇÃO JUDICIAL CRIMINAL.....	80
5.1	MÁFIAS E ECONOMIA: UMA RELAÇÃO SIMBIÓTICA.....	80
5.2	TÉCNICAS ESPECIAIS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E PERSECUÇÃO JUDICIAL PARA O CRIME ORGANIZADO.....	85
5.2.1	Escuta ambiental.....	87
5.2.2	Ação controlada e agente infiltrado.....	89
5.2.3	Interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas.....	91
5.2.4	Afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal.....	92
5.2.5	Cooperação interinstitucional na busca para a investigação ou instrução criminal.....	93

6	A COLABORAÇÃO PREMIADA	95
6.1	DISTINÇÃO DE SIGNIFICADOS ENTRE DELAÇÃO E COLABORAÇÃO PREMIADA	97
6.2	NORMOGÊNESE DA COLABORAÇÃO PREMIADA: DAS ORDENAÇÕES FILIPINAS À LEI 12.850/2013	99
6.2.1	A delação nas Ordenações Filipinas	101
6.2.2	A delação na legislação esparsa	103
6.2.3	A colaboração premiada na Lei 12.850/2013	107
6.3	A APLICABILIDADE DA LEI 12.850/2013	108
6.4	O DEBATE ÉTICO EM TORNO DA COLABORAÇÃO PREMIADA	109
6.5	A VOLUNTARIEDADE NA COLABORAÇÃO	111
6.6	DA INICIATIVA NA PROPOSITURA DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA E A POSTURA DO JUIZ NO PROCESSO	114
7	A COLABORAÇÃO PREMIADA, O DIREITO AO SILÊNCIO E A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 4º, § 14, DA LEI 12.850/2013	118
7.1	BREVE HISTÓRICO DO DIREITO AO SILÊNCIO	119
7.2	A COLABORAÇÃO PREMIADA E A RENÚNCIA AO DIREITO AO SILÊNCIO	123
7.3	O DIREITO AO SILÊNCIO E SUA ÁREA DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL	125
7.3.1	O direito ao silêncio e a mentira	136
7.4	INTERVENÇÃO ESTATAL NA ÁREA DE PROTEÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO	140
7.5	O CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE	140
8	CONSIDERAÇÕES FINAIS	146
	REFERÊNCIAS	149

1 INTRODUÇÃO

A colaboração premiada (popularizada pelo termo "delação"), até ser sistematizada na atual Lei 12.850/2013, percorreu um longo caminho legislativo.

Alguns estudos apontam a origem da delação, no ordenamento jurídico pátrio, já a partir das Ordenações Filipinas, que regiam a sociedade brasileira em tempos coloniais (vigorou de 1603 até o advento do Código Criminal de 1830), tratando da matéria penal em seu Livro V, 12, conforme será visto em tópico específico do trabalho, a respeito da normogênese da delação ou colaboração premiada.

De todo modo, ainda não guardava a delação reportada no texto das ordenações filipinas as características de que se reveste na atualidade. E nem poderia. Eram outros tempos, e guardava o instituto relação mais próxima com a figura do delator enquanto traidor, e não na condição de colaborador-investigado, tal como rotineiramente temos visto.

Não pode ser negado, contudo, que, ao menos historicamente, ali já existia o embrião da colaboração premiada em nosso ordenamento jurídico.

De lá para cá, apenas em 1990, com a entrada em vigor da Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8072/1990, art. 8º, parágrafo único), é que voltamos a ter disciplinada a delação em nosso ordenamento jurídico, seguindo-se de um cabedal de leis extravagantes, como a Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária (Lei 8.137/1990, art. 16, parágrafo único, acrescentado apenas em 1995, com a Lei 9.080), a Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro (Lei 7.492/1986, art. 25, § 2º, com redação alterada também em 1995, pela Lei 9.080), a Lei do Crime Organizado (Lei 9.034/1995, art. 6º), o Código Penal (com alteração promovida em 1996, pela Lei 9.269), etc.

Em termos de proposição legislativa, a proposta que culminou com a Lei 12.850/2013 tramitou inicialmente no Senado Federal, por meio do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 150,

protocolado em 23 de maio de 2006 pela Senadora Serys Slhessarenko, do Partido dos Trabalhadores (PT) do Mato Grosso, convertendo-se, na Câmara dos Deputados, no Projeto de Lei (PL) nº 6578, protocolado em 9 de dezembro de 2009, somente vindo a tornar-se lei com a assinatura da Presidente Dilma Roussef, demorando sua tramitação, portanto, 7 anos.

O instituto, na forma como disciplinada na nova legislação, passou a ser encarado não somente como meio de investigação (especialmente no combate ao crime organizado, em que impera a lei do silêncio, ou "omertà"), mas, *pari passu*, enquanto técnica de defesa, dado que é relevante, para o acusado colaborador, colocar na balança o custo de sua delação em contraponto com os benefícios penais dela decorrentes (daí já incluírem alguns doutrinadores a colaboração premiada em uma categoria de ramo do direito que vem sendo chamada de "premiada"¹).

Na forma como existe hoje, o instituto da colaboração premiada (com a expressão "delação premiada" ficou mais conhecido), veio à tona no afã de dotar os órgãos de persecução criminal (Ministério Público e Polícia) de instrumento eficaz de obtenção de meio de prova no processo penal.

O crime organizado, para ser combatido, precisa de instrumentos de persecução que tenham potencial para ir um pouco mais adiante aonde seriam capazes de chegar os meios tradicionais de investigação, como a simples coleta de depoimentos de testemunhas e investigados, ou busca e apreensão de documentos.

Em um mundo em que as relações interpessoais estão cada vez mais complexas, também as organizações criminosas tornam-se cada dia menos amadoras e toscas em suas atividades ilícitas, buscando maior eficiência e menor risco para seus componentes, o que

1 PEREIRA (2013, p. 23): "O instituto da colaboração premiada costuma ser inserido no âmbito do chamado direito penal premial, expressão que sugere uma contradição pelo fato de ligar a ideia de benefício ao ramo do direito que se distingue exatamente pela previsão de ameaça de penas e de proteção coativa mediante aplicação de sanções. Portanto, a palavra prêmio deve ser entendida, nesse contexto, como significando um mal menor imposto ao indivíduo que, depois do cometimento de uma conduta punível pelo direito penal, realiza contraconduta destinada a diminuir ou elidir a pena prevista para o ilícito originariamente cometido."

exige dos atores da persecução criminal um refino maior e elementos mais agudos de investigação.

Nesse contexto, conseguir-se a quebra do silêncio imposto pelas organizações criminosas, a fim de que quadrilhas sejam desmontadas e sua estrutura compreendida, exige técnica de produção de provas que premiem aquele que decide colaborar com o Estado na sua tarefa constitucional de persecução criminal.

Não sem razão é que a delação ou colaboração premiada foi a principal técnica utilizada na chamada "Operação Mãos Limpas", da Itália, objeto de estudo pelo juiz federal Sergio Moro, responsável pelo processo criminal da "Operação Lava Jato", que vem hoje demonstrando a existência de uma estrutura criminosa jamais vista no Brasil, que entremeia políticos ocupantes de cargos importantes na estrutura organizacional da administração pública, pessoas investidas em cargos por eles indicados na estrutura da companhia petrolífera nacional (a PETROBRAS), e empreiteiros corruptores de grandes conglomerados da construção civil.

No referido artigo², MORO praticamente detalha sua própria forma de agir no processo da Operação Lava Jato, quase que profetizando o modo como iria conduzir atualmente toda a cadeia de atos que estão passando a limpo mais uma triste parte de nossa história institucional, mas que tem sido importante para higienizar nosso podre ambiente de relacionamento entre o poder público e as grandes corporações econômicas.

A colaboração premiada suscita debates inflamados e é instituto ainda relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro, pois, apesar de existente de há muito em leis esparsas, tal como será exposto em tópico específico deste trabalho, de forma organizada, com disciplina quanto ao seu procedimento, apenas com o advento da Lei 12.850/2013 é que veio a fazer parte de nossa estrutura legal, e, por via de consequência, uma vez que passou a

² *Considerações sobre a operação mani pulite*, escrito em 2004, 10 anos antes, portanto, de eclodir a Operação Lava Jato.

ser aplicado com mais sistemática, é que veio a suscitar debates, a partir de alguns problemas constatados.

Discute-se, por exemplo, a possibilidade de violação de direitos fundamentais a partir do uso da colaboração premiada, diante da perspectiva da criação de "espaços anômicos", em que os "soberanos" irão declarar Estado de Exceção, sem percepção imediata de suspensão da Constituição³.

Sob o ponto de vista ético, acentuadas críticas são dirigidas à previsão de colaboração premiada de acusados de crimes, a exemplo da nota técnica emitida pelo grupo de pesquisa "Modernas tendências do sistema criminal", de dezembro de 2013, em que, aparentemente preocupado com a utilização simbólica e economicamente eficaz do direito penal, o grupo sugere que a lei teria sufragado, sob o manto de um suposto eufemismo denominado "colaboração premiada", uma conotação antiética inerente à conduta do traidor, oferecendo-lhe vantagens legais, com manipulação dos parâmetros punitivos, em desatenção ao direito-dever de punir que o Estado teria assumido perante a coletividade.⁴

O problema central do trabalho, no entanto, é a abordagem dogmática, através da Teoria Liberal dos Direitos Fundamentais, da previsão contida no art. 4º, § 14, da Lei 12.850/2013, que contém a possibilidade de renúncia ao direito constitucional ao silêncio (CF/88, art. 5º, LXIII), pelo investigado ou acusado colaborador, em face de uma suposta inconstitucionalidade suscitada pela doutrina brasileira, face a um suposto caráter de irrenunciabilidade de tal garantia fundamental individual.

Até chegar ao capítulo conclusivo, entretanto, é procedida uma abordagem ao tema da constitucionalização dos direitos após principalmente a 2ª Guerra Mundial, ao processo de criação de uma doutrina dos direitos fundamentais que levou a uma alteração no modo como

³ SANT'ANNA (2013, p. 6).

⁴ Disponível em: <http://www.sistemacriminal.org/site/images/Nota_tecnica_Lei_12.850_redacao_final.pdf> Acesso em: 15 dez. 2015.

o direito passou a ser compreendido, visto e aplicado, alterando-se a velha perspectiva codicista para uma leitura partindo-se dos textos constitucionais.

Partindo-se dessa premissa, é estudado o processo penal como, na atualidade, entende-se que deva ser estudado, isto é, desde o prisma da Constituição Federal, que, em seu art. 5º, elenca uma série de direitos e garantias fundamentais que formam um verdadeiro "código" dentro da lei maior, com fixação, sem sombra de dúvidas, de um verdadeiro sistema do tipo acusatório, que traz importantes conseqüências para vários campos do processo penal, dentre eles o da distribuição do ônus da prova.

Estuda-se também o fenômeno do crime organizado, o modo como o legislador brasileiro vem optando por combatê-lo e a necessidade de equacionar a evidente obrigação que o Estado tem de, eficazmente, lutar contra as máfias, sem, todavia, incorrer em falhas constitucionalmente não adequadas, que ofendam direitos fundamentais a partir de intervenções indevidas.

A escolha do tema, que alia o estudo do processo penal constitucional (através da pesquisa em torno do direito ao silêncio) ao instituto da colaboração premiada, justifica-se pois o problema é atual, no entanto ainda insuficientemente debatido na literatura jurídica brasileira, e mesmo na jurisprudência de nossos Tribunais.

2 A PRODUÇÃO, LEITURA E INTERPRETAÇÃO DAS LEIS A PARTIR DO NEOCONSTITUCIONALISMO.

Após a 2ª Guerra Mundial, sofrendo os influxos oriundos da necessidade de flexibilização da interpretação jurídica, muito se mudou no Direito Constitucional⁵, com efeitos diretos não apenas na hermenêutica como também na própria legislação penal e processual penal⁶.

A discussão havida entre Kelsen e Schmitt⁷ foi transportada para todos os quadrantes do mundo ocidental, na discussão, até hoje não encerrada, sobre o papel do Judiciário na interpretação das leis, se mais ou menos proativo, se mais ou menos “ativista”, no sentido de se imiscuir, devidamente ou não, em áreas que a princípio deveriam estar situadas no campo de decisão do Poder Legislativo, ou enquanto opção política do Poder Executivo.

Nas breves linhas que se seguem serão abordadas as visões de alguns dos teóricos do Direito que ilustram bem esse panorama pós-guerra, onde o sufixo “pós” é adotado para quase tudo, até mesmo para formar o neologismo que expressa a tentativa de se superar o positivismo de cunho legalista: o assim chamado “pós-positivismo” ou “neoconstitucionalismo”.

A expressão é polissêmica, sendo aqui empregada em seu significado apenas teórico, isto é, enquanto matriz descritiva da constitucionalização dos ordenamentos como alternativa

5 Nesse sentido: "A função de traçar valores para o ordenamento jurídico ou não era normalmente adjudicada à Constituição, ou nela se encontrava implícita, ou, ainda, era considerada derivada de algo anterior ao direito positivo, ou simplesmente era outorgada à legislação posterior. Contudo, nas Constituições que emergiram após a 2ª Grande Guerra, já é possível assinalar conteúdos materiais nesses documentos básicos. Trata-se do que se convencionou denominar, embora impropriamente, 'Constituição material', que, contudo, não se incorporou à realidade atual sem ter sido alvo de contundentes críticas." (TAVARES, 2008, p. 15).

6 SILVA JR. (2009, p. 43): "O sentido nuclear da reforma global do sistema processual penal é a sua adequação à Constituição de 1988, notadamente quanto a sua organização com base nos direitos fundamentais. Note-se que, após a Segunda Guerra Mundial, surgiu um novo paradigma constitucional que dá suporte para falar-se daquilo que se convencionou, entre os doutrinadores estrangeiros, denominar Estado (neo)constitucional."

7 Enquanto Kelsen defendia a prevalência de um Tribunal de Justiça Constitucional, Schmitt acreditava que o papel de guardião constitucional caberia ao presidente do Reich, em nome do povo (LORENZETTO, 2009, p. 1.925).

ao jusnaturalismo e ao positivismo jurídico clássico⁸.

A forma de interpretar os fatos da vida a partir das Constituições somente se tornou possível ou viável a partir dessas novas leituras, o que influenciou, e ainda vem influenciando, sobremaneira, a aplicação das leis, principalmente no que diz respeito aos limites impostos pelos direitos fundamentais às intervenções estatais.

O pós-guerra para a sociedade, e não apenas para o direito, foi um marco importantíssimo, no entanto, no mundo jurídico, representou bastante, principalmente do horror constatado nos anos que se seguiram em decorrência da naturalidade com que se encarava o cumprimento de normas de conteúdo desumano claro, constatação essa que ficou muito evidente na obra de HANNAH ARENDT, quando ela trata do julgamento do julgamento do nazista Adolf Eichmann perante o Tribunal de Nuremberg e percebe que nele havia uma espécie de sentimento de "banalidade do mal"; Eichmann nada mais era do que um cumpridor de normas (declarou-se, por isso, inocente nos termos da acusação): "...ele se lembrava perfeitamente de que só ficava com a consciência pesada quando não fazia aquilo que lhe ordenavam – embarcar milhões de homens, mulheres e crianças para a morte, com grande aplicação e o mais metuculoso cuidado"⁹.

Passa-se de um aparente estado de inexistência de crises antes da guerra, para um processo de ruptura no pós-guerra, com a ruína metafísica, junto com a ruína física, de tudo no que se acreditava certo: moral, social, política e juridicamente, adentrando o mundo num estado de desordem e incertezas¹⁰.

A fim de atender às necessidades oriundas de tal cataclisma, emerge a necessidade de redescoberta de processos objetivos, da importância das coisas, dos bens, das forças

8 MÖLLER (2011, p. 29 e ss.) refere-se a três formas de se encarar o neoconstitucionalismo: a) sob o prisma teórico, explicado acima; b) sob o olhar ideológico, não encontrando a teoria limites apenas na tarefa descritiva, mas de forma mais ampla, com defesa da aplicação direta dos direitos fundamentais; e c) sob o viés metodológico, inclusive com sugestão de rompimento da separação entre o ser e o dever ser, ligando-se em definitivo a discussão jurídica à moral.

9 ARENDT (2014, p. 37).

10 CAPOGRASSI (2003, p. 49-52).

produtivas necessárias a uma reconstrução, sendo o lugar das pessoas ocupado pelo das coisas, gerando uma automatização da sociedade.

Alternaram-se as exigências globais, ganhando destaque o direito público sobre o privado, na medida em que as convenções particulares vão perdendo força com a perda da autonomia da vontade individual e a busca cada vez maior por um princípio que informasse a totalidade da vida social.

Nesse panorama da sociedade contemporânea (pós-guerra), transita-se de uma sociedade onde o indivíduo era o centro das atenções para uma sociedade de massas, em que valores, fins e interesses lhes são agora impostos.

Indaga-se, pois, sobre como reagirá o direito enquanto instrumento criado para assegurar a ordem da vida, acabando o Estado, nesse panorama, por assumir a função de uma empresa a gerenciar e mediar o indivíduo e a experiência nesta sociedade de massas, com forte influência de uma “diretoria” regida por uma única pessoa com grande poder, com o conseqüente enfraquecimento da assembléia geral de acionistas (parlamento).

A lei, antes concebida como “vontade superior” que dominava e dirigia as vontades diretas, agora, no Estado intervencionista, é a própria vontade, desaparecendo a linha demarcatória e distintiva do que seria norma pública (direito público) e norma privada (direito privado).

Passa a sociedade por uma verdadeira crise da liberdade individual, e, quem pensa ser proprietário de algo, na verdade é possuído por algo (por um processo passível de influências econômicas e não econômicas), deixando o sujeito até mesmo de ser sujeito para se tornar ele próprio em objeto: um problema de saúde, por exemplo, que antes era individual, passa ser considerado coletivo, e isso influencia no comportamento do sujeito (tornado objeto desse novo influxo social).

Na esfera contratual, o contrato deixa de ser uma manifestação mútua de vontades para

se converter em quase um “ditado”, onde o sujeito apenas realiza um ato de “adesão” a uma instituição e passa, objetivamente, a fazer parte desse organismo, como coisa, e não sujeito.

No campo penal emerge uma tendência proliferante dos tipos penais, especialmente no que diz respeito a aspectos econômicos que possam afetar a ordem estabelecida, com o surgimento de organizações internacionais supranacionais, diante da inevitável busca da massa por uma figura tão adjudicadora de todo o trabalho social e provedora de todas as necessidades quanto o Estado, razão pela qual passam os Estados nacionais pela mesma experiência por que passaram os indivíduos diante do próprio Estado (a "zona do Euro" é um exemplo vivo disso).

Nesse panorama, é impossível não se realizar um paralelo comparativo entre as constituições antigas e as contemporâneas: aquelas, conclusivas, sendo expressão e sanção de ajustes já obtidos; estas, o oposto, expressando as divergências, sendo todas essas marcas características da ambiguidade vivida pelo Direito no contexto de toda uma sociedade também ambígua.

A partir dos efeitos decorrentes da Segunda Guerra Mundial na sociedade, pois, temos um deslocamento do eixo de interpretação jurídica: se antes éramos guiados das leis e códigos para a Constituição, a direção se modifica radicalmente e passamos cada vez mais a realizarmos uma leitura que sai da Constituição para as leis e os códigos, ganhando aquela vida e força.

Essa mudança de sentido implicará na contraposição do chamado positivismo jurídico clássico ao que se convencionou chamar por pós-positivismo ou neoconstitucionalismo (do “império da lei” ao “império da constituição”).

Segundo GUAISTINI¹¹, um conjunto de fatores, e não um fator determinado, desencadearia um processo de constitucionalização da ordem jurídica, trazendo ele um rol de

11 GUAISTINI (2005, p. 49 e ss.).

tais fatores:

- 1) Quanto maior a rigidez constitucional (dificuldade para mudança do texto constitucional), maior a tendência à constitucionalização da ordem jurídica;
- 2) Imposição da Constituição sobre a lei: certas matérias não podem ser derogadas ou modificadas por lei, mas apenas pela própria Constituição (“reserva de Constituição”);
- 3) Força normativa do texto constitucional: fim das expressões meramente programáticas ou recomendações políticas;
- 4) “Sobreinterpretação” da Constituição: troca-se a interpretação literal pela extensiva, com extração de grande quantidade de normas e de princípios implícitos;
- 5) Aplicação direta das normas constitucionais por todos os juízes (e, por que não dizer, e aqui vai um apontamento nosso, outras instâncias decisórias, administrativas, por exemplo), abarcando não apenas as relações entre o Estado e os cidadãos, mas igualmente entre estes (eficácia horizontal das normas constitucionais);
- 6) Interpretação das leis conforme a Constituição: de todas as interpretações possíveis de uma lei, o juiz deve descartar todas aquelas que afrontem a Constituição;
- 7) Forte influência da Constituição no debate e no processo políticos: a) recurso às normas constitucionais para argumentar e defender suas opções políticas e de governo; b) disputas entre órgãos de diferentes níveis de governo tendem a ser resolvidas jurisdicionalmente com fundamento em normas constitucionais; c) “juízes tendem a não mostrar atitudes de autolimitação ou autorrestrição em relação às chamadas questões políticas”.

Para os críticos do movimento de constitucionalização, e da evolução do Estado Constitucional de Direito, estaríamos diante de um retrocesso civilizatório, com perda dos valores de autonomia das pessoas e da segurança jurídica, com abertura de portas para a

arbitrariedade e o decisionismo na aplicação do direito.

Evidentemente que o advento do neoconstitucionalismo, não há como se negar, implica numa alteração na direção metodológica que é reconhecidamente importante e necessária enquanto chave para se compreender os fenômenos jurídicos contemporâneos, havendo, é claro, correntes de pensamento mais conservadoras, que não enxergam nas normas constitucionais, especialmente de direitos fundamentais sociais, a eficácia concreta com que hoje é encarada pela doutrina e tribunais.

A dicotomia “império da lei” versus “império da constituição”, segundo REGLA¹², resultou numa classificação segundo as características de um grupo de pensamento (positivistas, constitucionalistas ao modo clássico) e outro (pós-positivistas ou neoconstitucionalistas), sendo que neste último estariam reunidos aqueles pensamentos voltados em torno da idéia de um Estado Constitucional de Direito, sendo possível, portanto, a criação de um quadro didático comparativo, em forma de decálogo, nos moldes seguintes:

(1) Do modelo das regras ao modelo dos princípios e regras

Positivismo	Pós-positivismo
O positivismo adota o sistema de regras, que seriam normas que encerrariam a descrição fechada de um caso a uma solução normativa, não sendo recomendável a construção de regras abertas, pois daí poderia advir algum desvio interpretativo com conseqüências para a certeza jurídica e previsibilidade na aplicação da lei.	Pressupõe a coexistência de regras e princípios, sendo que estes últimos teriam por função dar sentido às regras que porventura não tivessem o condão de definir um determinado caso.

(2) Do modelo das relações lógicas entre normas ao modelo das relações lógicas e as relações de justificação

Positivismo	Pós-positivismo
Deve haver uma relação lógica tal entre as regras no positivismo, havendo consistência (tudo ou nada) quando persiste a possibilidade de aplicação de ambas simultaneamente. Se houver conflito, uma deverá ser excluída do sistema em detrimento da outra (antinomia), com aplicação dos critérios	Adiciona à possibilidade lógica de exclusão de normas antinômicas a idéia de coerência valorativa (questão de grau de aplicação, sem exclusão) . A interpretação de um princípio adota a técnica da ponderação, e não da antinomia, pois admite a coexistência de

12 REGLA (2012, p. 101-115).

tradicionalmente conhecidos: <i>lex superior, lex posterior e lex specialis</i> .	princípios aparentemente contrários.
---	--------------------------------------

(3) Da correlação entre direitos e deveres à prioridade justificativa dos direitos

Positivismo	Pós-positivismo
A todo direito de um sujeito ou grupo de sujeitos corresponde um dever de outro sujeito ou grupo de sujeitos.	A imposição de direitos justifica a existência de deveres correlatos, porém a imposição de deveres não justifica a titularidade de direitos.

(4) Do modelo da subsunção ao modelo da subsunção e da ponderação

Positivismo	Pós-positivismo
O modelo de regras utiliza-se do método subsuntivo de raciocínio jurídico (modelo de encaixe do caso concreto na hipótese legal).	O método de aplicação dos princípios não pode ser o subsuntivo, devendo-se usar a ponderação, com atenção às dimensões valorativa e justificativa do Direito.

(5) Do modelo da forte oposição entre “criar” e “aplicar” normas ao modelo da continuidade prática das diferentes operações normativas

Positivismo	Pós-positivismo
Aos aplicadores do direito, diante de um caso não regulado, não compete “criar” a norma para aquele caso, tarefa essa de incumbência do legislador, pois pressupõe uma atividade política e/ou moral, considerada extrajurídica.	Não faz distinção entre o raciocínio político (ou moral) e jurídico, de modo que é possível ao aplicador “criar” a norma jurídica para o caso concreto não regulado.

(6) Dos juízos formais da validade das normas à distinção entre validade formal e validade material das normas

Positivismo	Pós-positivismo
A origem das normas é o que determina a sua juridicidade, e não o seu conteúdo (teoria das fontes). A validade é informada pela autoridade que a ditou, pelo procedimento empregado e pela consistência da norma (antinomia).	A validade das normas deve ser não apenas formal, mas material, de acordo com seu conteúdo. Sua eliminação resultaria em inaceitável mudança no próprio sistema jurídico. Logo, determinada norma pode ser formalmente válida, porém inválida em seu conteúdo.

(7) Da distinção “casos regulados/casos não regulados” à distinção “casos fáceis/casos difíceis”

Positivismo	Pós-positivismo
A distinção é feita apenas entre casos regulados e casos não regulados, através de operação subsuntiva.	Não existe a possibilidade de casos não regulados, pois os princípios cuidariam dos casos não resolvidos por regras. A distinção é entre os casos fáceis (considerado assim quando a solução é o resultado de se aplicar uma regra do sistema e esta solução é consistente -

	logicamente compatível - com as outras regras do sistema e coerente - valorativamente compatível - com os princípios do sistema) e os casos difíceis (aqueles em que há a necessidade de uso da prudência, não existindo uma regra de fácil aplicação, devendo ser empregado juízo deliberativo e de justificativa para poder ser resolvido). Quanto mais discricionário é um ato, mais justificação se requer para que seja a decisão recoberta de responsabilidade.
--	---

(8) Da separação evidente entre a linguagem do Direito e a linguagem sobre o direito a um discurso reconstrutor do próprio Direito

Positivismo	Pós-positivismo
A linguagem do Direito é prescritiva, sem valor de verdade, sendo a Ciência do Direito, por ser apenas descritiva da linguagem do Direito, aí sim, composta em seus enunciados pela verdade.	A Ciência do Direito não se preocupa aqui com uma mera descrição do que está fora dela, mas preocupada com a melhoria do Direito enquanto prática social.

(9) Da distinção evidente entre estática e dinâmica jurídicas à concepção do Direito como prática

Positivismo	Pós-positivismo
Faz a distinção entre estática jurídica (o direito enquanto conjunto de normas – o direito objetivo) e dinâmica jurídica (as normas mudam como resultado de atos e procedimento jurídicos).	O Direito não é apreendido apenas objetivamente, fora dos sujeitos, mas através da crença dos seus participantes mesmos.

(10) De “ensinar Direito é transmitir normas (conteúdo)” a “ensinar Direito é desenvolver certas habilidades”

Positivismo	Pós-positivismo
Estudar Direito é conhecer as regras jurídicas de cada um dos ramos que o compõem.	Combina-se o conhecimento normativo (de regras à luz dos princípios que lhes informam) e de habilidades metodológicas voltadas para a solução de problemas jurídicos.

Todo esse caldo de cultura jurídica irá desembocar na construção de diversas teorias propositivas de uma nova leitura constitucional, com franco reconhecimento de uma mudança de paradigmas, decorrente naturalmente do processo de constitucionalização dos sistemas jurídicos, principalmente os inspirados no sistema continental de *civil law* (em contraposição ao sistema de *common law* britânico, com normas de conteúdo constitucional, mas por vezes sem uma constituição escrita identificada num único documento).

FIGUEROA, com forte influência da Filosofia do Direito voltada para o que ele denominou de “paradigma do constitucionalismo”, diante do fenômeno de constitucionalização dos sistemas jurídicos, após uma rápida introdução, lança a seguinte tese: “se o sistema jurídico está constitucionalizado (ou, em seu caso, é susceptível de constitucionalização), então é inviável uma estrita concepção positivista do Direito.”¹³

Ao definir o que seria o processo de constitucionalização, o autor, metodologicamente, ressaltou que aos EUA, cuja história se mistura com as próprias bases do constitucionalismo moderno, nascendo praticamente junto com sua Constituição, e a Inglaterra, que nunca teve um documento único que pudesse ser chamado de Constituição, estariam excepcionados da análise, pelos motivos descritos. E ao processo de constitucionalização denominou como sendo o “resultado da transformação do Direito causada pela Constituição.”¹⁴

Com isso quer demonstrar o autor que a constitucionalização do pensamento jurídico deu lugar ao “constitucionalismo” (ou “neoconstitucionalismo”), com influência de alguns aspectos, divididos em material, estrutural/funcional, e político.

Sob o aspecto material, o direito “rematerializou-se”, isto é, readquiriu uma forte carga axiológica, onde a moral, tema de ordem não-positivista, passa a fazer parte da conceituação jurídica.

Do ponto de vista estrutural da constitucionalização, os princípios expandiram muito o âmbito de influência das normas constitucionais, e, por fim, sob o aspecto funcional, os princípios constitucionais trazem uma nova forma de se aplicar o Direito, por meio da técnica da ponderação, cujas premissas empregadas vão além do direito legal, não respondendo exatamente ao método subsuntivo (bastante criticável a ponderação pela teoria liberal, conforme veremos).

Pelo prisma político, é de se compreender que essa nova forma de se aplicar o Direito

13 FIGUEROA (2012, p. 514).

14 *Idem*, p. 515.

gera conseqüências na relação de forças dos poderes do Estado, com acentuação do protagonismo judicial em detrimento do legislativo, o que tem sido considerado por alguns como uma grave lesão ao princípio democrático. Essa discussão é trazida também por Jürgen Habermas, no debate entre o procedimentalismo e o substancialismo.

Em algumas obras de teóricos considerados neoconstitucionalistas ou que inspiraram os neoconstitucionalistas, é admitida uma intromissão, por assim dizer, cada vez maior da moral no direito.

Um dos autores que trabalha o que ele próprio denominou de “leitura moral” das constituições é o norte-americano Ronald Dworkin.

DWORKIN, apesar de norte-americano, foi aluno e professor em Oxford, na Inglaterra, e traz em sua obra uma imbricação fortíssima do elemento moral e ético no direito.

Para o autor, “La lectura moral propone que todos nosotros – jueces, abogados y ciudadanos – interpretamos y aplicamos estas cláusulas abstractas em el entendido de que al hacerlo invocamos principios acerca de la moralidad política y de la justicia.”¹⁵

Cita como exemplo a primeira emenda¹⁶ da Constituição norte-americana, que encerraria, para ele, um princípio moral que informaria ao governo ser indevido a ele a censura ou o controle do que tenha dito ou publicado um cidadão, mas que, pelo grau de abstração, diante de novos problemas que surgem todos os dias, precisa ser interpretado e decidido para ser melhor compreendido em sua extensão.

A leitura moral leva a moralidade política para o “coração do direito constitucional”, mas que, por ser incerta e controversa, geraria críticas como a que afirma que a leitura moral

15 DWORKIN (2002, p. 4).

16 Texto da Emenda I: O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos. (fonte: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da USP): Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>> Acesso em: 15 jul. 2014.

confere aos juízes o poder absoluto de impor suas próprias convicções morais ao público.

A leitura moral, entretanto, nada guardaria de revolucionária: será conservadora se o juiz fizer uma leitura conservadora, e liberal se o juiz fizer uma leitura liberal (no sentido próprio do que seja um liberal para a cultura política norte-americana, que para nós, brasileiros, seria o mesmo que chamar alguém de "esquerda"), e que, mesmo num sistema em que os partidos políticos (Partido Democrata, mais liberal, e Partido Republicano, mais conservador) ditam as nomeações de juízes para os Tribunais, não necessariamente um juiz considerado conservador irá interpretar a Constituição de modo mais literal, podendo ele, na prática, tornar-se um grande ativista, mencionado como exemplo o juiz Earl Warren, nomeado por Eisenhower, este um republicano.

Para DWORKIN, os políticos têm dificuldade de compreender o quanto a leitura moral está impregnada na prática de interpretação constitucional dos tribunais norte-americanos, defendendo que “la lectura moral de una Constitución política no es antidemocrática sino, por el contrario, es prácticamente indispensable para la democracia.”¹⁷

Explica que, malgrado as críticas à leitura moral, há restrições que limitam o alcance que possa ser dado a essa forma de interpretação e aplicação da Constituição:

a) primeiro, o juiz deve começar pelo que os constituintes disseram (e não supondo o que eles diriam diante de um caso concreto);

b) segundo, há que ser resguardada a noção de integridade constitucional: mais importante que o juízo moral particular dos juízes é a manutenção do desenho estrutural da Constituição e das linhas dominantes de interpretação do passado e de outros juízes, resguardando-se um sentimento de moralidade coerente.

Argumenta que os profissionais do direito seguem tentando encontrar alternativas para a interpretação constitucional, explorando duas possibilidades diferentes.

17 DWORKIN (2002, p. 11).

A primeira defende que a leitura moral é correta, porém nega aos juízes a competência para decidir sobre uma decisão moral, como a exemplo da discussão acerca da constitucionalidade do aborto voluntário, reservando tal autoridade interpretativa à “cidadania”.

A segunda alternativa é calcada na tese do originalismo, em que a interpretação constitucional deve insistir naquilo que os autores constitucionais intencionaram dizer.

Nenhuma dessas alternativas, porém, seriam aceitas por aqueles contrários à leitura moral, sendo necessário o encontro de um meio-termo entre a leitura moral e o originalismo.

O direito constitucional das minorias é tratado de especial modo por DWORKIN, que trabalha a idéia da “premissa majoritária”, que vem a ser um conceito ínsito à democracia e que informa que as decisões devem ser voltadas a atender a vontade da maioria do povo (mantendo-se, assim, posicionamento francamente utilitarista), deixando claro, todavia que, em determinadas situações, a regra da maioria não deve prevalecer, especialmente quando em jogo certos direitos individuais, como no caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, de 1954, em que, revogando precedente de 1866, deu prazo ao governo norte-americano para acabar com a segregação em escolas públicas diferentes entre alunos pretos e brancos, em interpretação à 14ª emenda, que garante a igual proteção das leis.

É de se perceber que, partindo-se de pensamentos diferentes em sua construção, mesmo que em ambientes culturais e acadêmicos diversos, houve uma verdadeira eclosão de teorias que clamavam por interpretações constitucionais que privilegiassem uma efetividade cada vez maior das normas oriundas das cartas de direitos fundamentais.

Uma outra concepção teórica desse jaez foi a erigida por Konrad Hesse.

HESSE, em “Constituição e direito constitucional”, inicia chamando a atenção para uma necessária compreensão de que apenas através de uma perspectiva histórica a “constituição de uma comunidade política concreta, seu conteúdo, a singularidade de suas

normas e seus problemas não de ser compreendidos.”¹⁸

A concepção meramente formal de constituição (onde estão incluídas as regras sobre competência e limitações ao poder estatal) pode até ser considerada um marco inicial ou ponto de partida para a compreensão do sentido e significado de uma constituição, no entanto, somente a partir do conhecimento do que sejam as tarefas primária e fundamentais de uma constituição é que poderá ela ser integralmente concebida.

Uma dessas tarefas fundamentais, descritas pelo autor, é a de integração, ressaltando ele que, “Onde, partindo da pluralidade de vontades, já não é possível formar uma vontade conjunta vinculante, e onde já não se consiga estabelecer e realizar, pela via do entendimento ou das decisões majoritárias, os objetivos políticos, sucumbe o Estado como unidade política de ação.”¹⁹

Outra função fundamental da Constituição seria a de dotar os órgãos estatais de organização, delimitando suas competências para atuar de forma que haja uma complementação objetiva, cooperação, responsabilidade, com criação de óbice a qualquer tipo de abuso de competências.

A “direção jurídica” seria a terceira função fundamental, e informaria a respeito de como toda a comunidade, e não apenas o Estado, deveria agir, pois, do contrário, tudo viraria uma bagunça. E esse agir, esse norte, não poderia ser qualquer um, mas apenas o que se possa considerar moralmente legítimo, fruto não de um positivismo cético, ou de um jusnaturalismo existente às margens do pensamento humano, mas extraído da depuração da tradição jurídica, com extração dos cânones dessa experiência para formação do texto constitucional fundante.

Algumas características, nessa concepção material de constituição, tornariam o direito constitucional algo bastante singular.

A primeira delas seria a da “primazia” do direito constitucional sobre o

18 HESSE (2009, p. 2).

19 *Idem*, p. 4.

infraconstitucional, esclarecendo que, em razão dessa primazia, não pode, em absoluto, haver derrogação nem reforma da constituição por leis ordinárias ou qualquer tipo de ato estatal.

A segunda característica seria a da “abertura” do sistema constitucional a mudanças técnicas, econômicas e sociais (ainda que se considere que a abertura deva ser limitada) e “vinculação” a que todos estão submetidos²⁰.

A terceira característica, e última, seria a da “garantia imanente”, segundo a qual, diversamente do que ocorre com a ordem jurídica infraconstitucional, que precisa de uma força exterior para que seja mantida, a ordem constitucional, para HESSE, “não depende senão de sua própria força e das suas próprias garantias.”²¹

Chamando a atenção para os efeitos deletérios do tempo no texto constitucional, ou na forma como esse é lido e interpretado (“Toda Constituição é Constituição no tempo”²²), são mencionados dois modos de se encarar a necessidade de mudança constitucional.

Através da “mutação constitucional”, primeira delas, o conteúdo das normas constitucionais seria alterado com manutenção do texto literal, aplicável a textos de direito fundamental abertos, de formulação genérica (“transforma-se a realidade social, transforma-se, com ela, o conteúdo da norma”²³).

O limite ao exercício da mutação constitucional através da interpretação estaria, segundo HESSE, em havendo frontal contradição entre o fruto da interpretação e o próprio texto constitucional, recomendando ele, para tais casos, a modificação do texto através de reforma constitucional²⁴, desde que, claro, respeitadas as normas fundamentais que dão identidade à Constituição.

20 Interessante notar que o autor, ao fazer menção à abertura e vinculação do texto constitucional às inflexões sociais, técnicas, econômicas, etc., mostra preocupação com o perigo de condução no rumo da anarquia e insegurança, chamando a atenção para que a Constituição traga de forma clara os “pilares e parâmetros orientadores necessários” (HESSE, 2009, p. 10).

21 *Idem*, p. 11.

22 HESSE (2009, p. 13).

23 *Idem*, p. 14.

24 *Ibidem*, p. 15.

Além das chamadas teorias construtivistas ou substanciais, temos também, no constitucionalismo contemporâneo, ou neoconstitucionalismo, aportes teóricos e estudos voltados para as chamadas teses procedimentalistas.

HABERMAS, em seu livro "Direito e Democracia: entre facticidade e validade"²⁵, discorrendo sobre a questão da racionalidade do discurso jurídico e da tensão existente entre a facticidade e a validade (segurança jurídica x legitimidade das decisões), indaga a propósito dos ideais construtivistas do direito (especialmente em Dworkin), e como poderia operar tal espécie de interpretação jurídica sem que o Judiciário viesse a invadir a esfera de competência do Legislativo (notadamente com o advento do controle de constitucionalidade).

As teorias discursivas do Direito têm já há algum tempo no mundo e, com certo atraso, nas faculdades de ciências jurídicas brasileiras, afirmado que a "verdade" ou "correção" de determinada proposição não poderia ser encontrada em seu aspecto conceitual ou substancial, mas sim através de um procedimento onde esteja presente o discurso racional²⁶.

A filosofia habermasiana funda-se numa lógica da divisão dos poderes estatais (Executivo, Legislativo e Judiciário), e entremostra-se francamente favorável ao sistema de auto-controle pelo Legislativo da constitucionalidade das leis por ele mesmo editadas.²⁷

São tecidas pesadas críticas ao modelo de controle abstrato de constitucionalidade das normas pelo Executivo (defendida, como vimos, por Schmitt, em que o presidente do *Reich* seria o "Guardião da Constituição"), pois, com isso, determinada nação poderia ser levada (como de fato, com o Nazismo, acabou acontecendo) a um modelo de "Estado Total", algo não desejável.

Desta feita, voltando o olhar para o modelo kelseniano de controle abstrato de constitucionalidade por um Tribunal específico para isso (realidade não existente no Brasil,

25 HABERMAS (2003).

26 KAUFMANN (2004, p. 426).

27 HABERMAS (2003, p. 299).

onde o STF funciona como um tribunal ou juízo qualquer, com competência originária inclusive para processos criminais, além de ser órgão revisor de sentenças comuns, ao ser competente também para recursos extraordinários, que podem advir inclusive de tribunais de pequenas causas), nada obstante reconhecer a existência de uma possibilidade criadora do direito através da interpretação²⁸, com riscos para uma indeterminação jurídica, HABERMAS aponta para posicionamentos que não enxergariam estar aí *necessariamente* uma ameaça ao princípio da divisão de poderes.²⁹

Tecendo considerações descritivas sobre o modelo *liberal* de Estado, com rígida separação de poderes, expõe como seu contra-ponto o modelo de Estado *social*, em que se erige uma dogmática constitucional de cunho construtivista do direito, deixando de ser a jurisprudência como algo a depender apenas e tão-somente do "passado" (decisão política do Legislativo, materializada na lei), para também criar o "futuro" (decisões que não apenas garantiriam o direito materializado nas leis, mas igualmente criariam-no e distribuiriam-no através de uma interpretação a partir de princípios extraídos da Constituição), numa passagem de um "Estado parlamentar legislativo" para um "Estado de jurisdição constitucional"³⁰, o que de fato se evidenciou historicamente.

O grande problema estaria justamente situado nos riscos que essa atividade criativa poderia representar para uma democracia, posto que, com a cada vez mais corrente "invasão" do Poder Judiciário sobre o Legislativo (o decantado "ativismo judicial", ou judicialização da política), aquele estaria se substituindo a esse na construção de uma ordem de valores a partir da Constituição, gerando uma espécie de legislação concorrente, de cunho supostamente

28 Decisão do Tribunal Constitucional alemão reconhecendo a função criativa da jurisprudência (trecho citado por HABERMAS): "O direito não se identifica com a totalidade das leis escritas. Em certas circunstâncias, pode haver um 'mais' de direito em relação aos estatutos positivos do poder do Estado, que tem a sua fonte na ordem jurídica constitucional como uma totalidade de sentido e que pode servir de corretivo para a lei escrita; é tarefa da jurisdição encontrá-lo e realizá-lo em suas decisões." (decisão tomada em 1973 acerca do texto da Lei Fundamental, art. 20, 3) (2003, p. 303).

29 HABERMAS (2003, p. 303-304).

30 HABERMAS (2003, p. 307-309).

autoritário e uma jurisprudência do casuísmo³¹:

Uma jurisprudência orientada por princípios precisa definir qual pretensão e qual ação deve ser exigida num determinado conflito – e não arbitrar sobre o equilíbrio de bens ou sobre o relacionamento de valores. É certo que normas válidas formam uma estrutura relacional flexível, na qual as relações podem deslocar-se segundo as circunstâncias de cada caso; porém esse deslocamento está sob a reserva da coerência, a qual garante que todas normas se ajuntam num sistema afinado, o qual admite para cada caso uma única solução correta. A validade jurídica do juízo tem o sentido deontológico de um mandamento, não o sentido teleológico daquilo que é atingível no horizonte dos nossos desejos, sob circunstâncias dadas. Aquilo que é o melhor para cada um de nós não coincide *eo ipso* com aquilo que é igualmente bom para todos.

O procedimentalismo (nome conferido a essa teoria filosófico-jurídica habermasiana), tem a pretensão justamente de alertar (e se possível fazer com que se evite) para a aplicação de decisões implicadas de forte carga subjetiva oriunda dos preconceitos morais dos julgadores, ou a práticas comunitaristas eventuais (como se o Direito fosse despido de contrafaticidade, isto é, não pudesse operar e alterar mudanças em práticas pontualmente aceitas, porém jurídica e eticamente, de um ponto de vista universal, abomináveis), tal como asseverado por RICARDO TINÔCO DE GÓES.³²

Um outro aspecto suscitado é o da *legitimidade* do controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário, questionando-se se a delegação parlamentar dos juízes constitucionais seria suficiente para se satisfazer à legitimação democrática da percepção por parte dos juízes de que a estes teria sido distribuído também um ônus de autocontrole na tarefa de interpretar a Constituição³³.

Para HABERMAS, "Somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito", devendo o Tribunal (Constitucional) "proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos"³⁴, encontrando-se aí a fonte de sua legitimidade.

Pela lógica habermasiana, os tribunais precisam, se querem vigiar a Constituição,

31 *Idem*, p. 322-323.

32 GÓES (2013, p. 231).

33 HABERMAS (2003, p. 325).

34 *Idem*, p. 326.

atentar para os procedimentos dos quais dependem a "eficácia legitimativa" do processo democrático, ou, em outras palavras, prestar atenção ao que a comunidade tem a dizer sobre o assunto a ser decidido (esfera pública utilizando-se de processos comunicativos), não devendo se ater a verdades prontas e acabadas e colocadas aprioristicamente, pois a própria Constituição não é um projeto acabado e fechado, que estaria a impor um determinado modo de vida a seus cidadãos, mas um projeto aberto à interação a partir de regras procedimentais nela própria previstas.

É preciso ainda que os tribunais resistam (nesse ponto hemos de concordar com a filosofia habermasiana) à tentação de preencher o espaço de interpretação com juízos de valores morais (típico da escola da Jurisprudência dos Valores), que poderiam comprometer a *imparcialidade* dos órgãos jurisdicionais (neutralidade, e não a imparcialidade, talvez seja o melhor termo a ser aqui empregado), nesse aspecto, o modelo político adotado em determinado país, ainda que ocasionalmente, irá ditar a forma como é encarado o sistema de controle de constitucionalidade.

Pelo modelo de Estado liberal, a política funcionaria como meio de impor interesses privados (o "mercado") contra o aparelho do Estado, a fim de que este, ao final de tal tensionamento, faça uso administrativo de sua força para fins coletivos, diferentemente do papel da política no modelo republicano, em que, entre o mercado e o Estado ingressam a "solidariedade" e o "bem comum" como terceira fonte de integração social.³⁵

Os cidadãos, no modelo liberal, atuam de modo a exigir, em face do Estado, seus direitos de liberdade enquanto *status negativus* (gozam de proteção estatal e, ao mesmo tempo, de proteção contra atos interventivos estatais), ao passo que no modelo republicano

35 *Idem*, p. 333: "Para a prática da autodeterminação dos cidadãos pressupõe-se uma base na sociedade civil, autônoma, independente da administração pública e do comércio privado mediado pelo mercado, a qual preserva a comunicação política de ser absorvida pelo aparelho do Estado ou de ser assimilada à estrutura do mercado. Na concepção republicana, a esfera pública política e a sociedade civil, como a sua base, obtêm um significado estratégico; elas devem garantir à prática de entendimento dos cidadãos sua força de integração e autonomia."

exige-se muito mais do civil do que simplesmente sua orientação pelo próprio interesse, constituindo-se o direito de liberdade em direito de *status positivus*, que não se constituiria em garantia com relação à coação externa estatal, mas numa garantia de que o cidadão poderia (ou poderá) participar efetivamente de um processo inclusivo de formação de opinião e vontade, isto é, através de um *agir-comunicativo*.

No modelo político liberal a lei é fruto da convergência de vontades que eventualmente se juntam para formar uma maioria, ao passo que no republicanismo requer-se dos cidadãos uma tomada de atitude no campo discursivo, e que esteja o Estado aberto a receber essa comunicação como forma de construção do poder administrativo que irá atuar na vida de cada um e da sociedade (a perspectiva deixa de ser a da lógica do mercado e passa a ser do diálogo: "O poder administrativo só pode ser empregado na base das políticas e nos limites das leis que resultam de processos democráticos."³⁶

A lógica do discurso republicano implica uma pré-compreensão de si mesmo e do mundo e a obrigação, segundo HABERMAS, de cada um "assumir a perspectiva dos demais membros e até de todos os outros", pregando ele que, assim, acaba tornando-se possível uma "modificação racionalmente motivada das tomadas de posições iniciais", e, como "participantes de um tal processo de formação discursiva da opinião e da vontade, os cidadãos se conscientizam de seu direito de autodeterminação."³⁷

Sob o prisma do controle de constitucionalidade, portanto, pode-se afirmar que os tribunais constitucionais necessitariam estabelecer o método discursivo-deliberativo que dessem fundamento a uma prática dotada de legitimidade democrática, o que, contudo, parece que é considerado impossível por HABERMAS, para quem, textualmente, "Uma prática de autodeterminação deliberativa só pode desenvolver-se no jogo entre a formação da vontade de corporações parlamentares, programada para decisões e institucionalizada conforme o direito

36 HABERMAS (2003, p. 339).

37 *Idem, ibidem.*

procedimental, e a formação política da opinião nos círculos informais da comunicação política."³⁸

Os tribunais constitucionais (e seu substancialismo) assumiriam, portanto, o lugar que deveria ser ocupado pela lógica da democracia deliberativa (procedimentalismo), considerada essa prática de cunho paternalista e anti-republicana, e de baixa densidade legitimante, porque ausente o diálogo e o discurso da comunidade (esfera pública ou formadores de opinião) voltado para um consenso.

Esse "consenso", diga-se de passagem, não pode ser entendido como algo definitivo. Segundo KAUFMANN³⁹, o princípio do consenso (seguido do princípio da convergência), que complementa o princípio da argumentação, afirma que "nenhum consenso é definitivo, e que, ao invés, todo o enunciado, toda a conclusão, todo argumento é basicamente falível e, portanto, em princípio corrigível" (mutável e não-definitivo, portanto), e assim deve ser compreendido o conceito de "consenso" na teoria discursiva habermasiana.

O modelo de controle de constitucionalidade em HABERMAS, volvido para a prática discursiva que deve ser ínsita a uma democracia de cunho deliberativo e voltada para a busca de um consenso a partir de um agir-comunicativo que flui da periferia (esfera pública, de característica plural, formada por setores politizados da comunidade, de característica heterogênea) para o centro (sistema de poder político-jurídico-administrativo), refuta a metódica substancialista da Jurisprudência dos Valores típica das Cortes Constitucionais, em que são empregadas técnicas de interpretação conforme a constituição e de modulação de efeitos, tal como recordado pelo professor RICARDO TINÔCO DE GÓES, que assevera, ainda, focar o procedimentalismo habermasiano no papel dos tribunais constitucionais apenas como guardiães "das regras que institucionalizam procedimentos de justificação e de

38 HABERMAS (2003, p. 340).

39 KAUFMANN (2004, p. 429).

aplicação das normas jurídicas"⁴⁰.

Trocando em miúdos, como, então, operacionalizar-se-ia a teoria discursiva habermasiana sob o viés legislativo? Quem nos explica, ainda, a nosso ver, de modo muito vago e sem propor um procedimento claro, é LUIZ MOREIRA, ao defender, no procedimento jurídico institucional, uma abertura para a "vontade democrática dos cidadãos", a fim de que sejam afastadas as contingências de decisões consideradas, sob esse viés, arbitrárias, e que não permitam a constituição de uma "normatividade autopoietica."⁴¹

Para além de Habermas, GÓES enxerga a aplicação da teoria discursiva habermasiana na esfera da jurisdição, constitucional e ordinária, voltada não apenas para o aspecto procedimental, que em si já seria deveras importante (remetendo ao Legislador, e não ao Judiciário, a tarefa de correção de rumo de norma considerada inconstitucional, cabendo a este apenas apontar, caso a caso, onde estaria o vício), mas também para o aspecto substancialista do ato de decidir.

Um exemplo da proposta do autor em referência situa-se na chamada interpretação conforme a Constituição. Sem que a jurisdição perca sua autonomia, as razões com que ela se valerá para decidir deverão ser buscadas não em valores antecipadamente considerados pelo órgão julgador, mas, sim, naquilo que restou consolidado argumentativamente pela denominada "esfera pública", o que traria uma carga legitimativa maior à decisão judicial. A adoção do mesmo procedimento é defendida para a pronúncia ou não de nulidade resultante da declaração de inconstitucionalidade por omissão.⁴²

Finalmente, no que tangencia à jurisdição ordinária e o controle difuso de constitucionalidade, também aqui o autor consegue, ao menos jusfilosoficamente, enxergar a possibilidade de instauração de um procedimento discursivo que envolva a esfera pública

40 GÓES (2013, p. 272).

41 MOREIRA (2002, p. 145-146).

42 GÓES (2013, p. 242).

(sem detalhar como isso seria, falha essa que, a nosso sentir, decorre da falta de objetividade da filosofia habermasiana), com a adoção de procedimentos que possam oportunizar, em prazo razoável, a coleta de manifestações públicas a serem consideradas por ocasião do decidir, ressaltando que, na atualidade, nem as chamadas "audiências públicas", nem a figura do *amicus curiae*, a finalidade democrático-deliberativa necessária à legitimação, por faltarlhes vinculação para a decisão.

A teoria procedimentalista de Habermas tem sua importância, reconhecemos, pois suscita o debate acerca da legitimação democrática do Poder Judiciário para dispor sobre temas de direitos fundamentais.

A propósito, esse é o tema de uma outra teoria, chamada aqui de *Teoria Liberal dos Direitos Fundamentais*, e que servirá de base metodológica na abordagem do problema proposto nesta dissertação.

A opção por uma teoria liberal dos direitos fundamentais não está ligada necessariamente a uma adesão automática a ideais neoliberais econômicos, não sendo, ademais, incompatível a idéia de liberalismo político com os ideais de um Estado solidário ou social.

A teoria (liberal) dos direitos fundamentais, que pressupõe a separação entre sociedade e Estado, guarda entre seus princípios fundamentais o princípio distributivo, correspondendo à obrigação do Estado de justificar intervenções na liberdade (não sendo necessário o indivíduo justificar a forma de seu exercício da liberdade), e o princípio da separação entre as funções legislativas e jurisdicionais (nesse ponto se conecta à filosofia procedimentalista habermasiana). Tal teoria, amparada nesses princípios, funciona mediante algumas ferramentas, sobre as quais falaremos mais adiante.

3 PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO: entre a eficiência na busca por punição e o respeito aos direitos fundamentais.

Não restam dúvidas quanto à existência de uma relação direta entre o processo penal e o constitucionalismo atual, pois é alicerçado em uma série de direitos e garantias fundamentais dos indivíduos em face do Estado que se funda o processo penal contemporâneo.

Proibida a vingança (à exceção dos casos expressamente previstos em lei, como a legítima defesa própria ou de terceiros, diante da iminência de uma agressão injusta, ou mesmo o desforço imediato, em que o possuidor de bem imóvel pode se autoprotger em face de um esbulho), assume o Estado para si a atribuição de exercício do chamado “poder-dever de punir” (*jus puniendi*), sendo a ação penal pública o meio adequado para se buscar a tutela penalizante (o direito de persecução penal em juízo, ou *jus perseguendi in judicio*), culminando-se com a sentença penal (condenatória ou absolutória).

Não sem razão, por isso, que FERRAJOLI escreveu que “...o processo, como de resto a pena, justifica-se precisamente enquanto técnica de minimizar a reação social ao delito: minimizar a violência, mas, também, o arbítrio que de outro modo seria produzido de forma ainda mais selvagem e desenfreada”, numa tentativa de alertar para os riscos no abuso de técnicas processuais não-garantísticas, ao arrematar, afirmando:

O que faz do processo uma operação distinta da justiça com as próprias mãos ou de outros métodos bárbaros de justiça sumária é o fato que ele persegue, em coerência com a dúlice função preventiva do direito penal, duas diferentes finalidades: a punição dos culpados juntamente com a tutela dos inocentes.⁴³

Extrai-se da própria CF/88, art. 5º, LIV, a consagração do “devido processo legal” enquanto direito e garantia fundamental (“ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”), com inspiração no constitucionalismo dos Estados

43 FERRAJOLI (2010, p. 556).

Unidos da América, em que o *due process of law* ganhou forte substância, a partir da 5ª Emenda da Constituição, que trata também do direito à não-auto-incriminação (*privilege against self incrimination*):

*No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; **nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law**; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.*

(tradução livre da passagem em negrito: ninguém será compelido em qualquer processo criminal a testemunhar contra si próprio, e ninguém será privado da vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal).

É evidente que, até chegar-se ao processo penal de cunho democrático que hoje se tem estabelecido na maior parte das constituições ocidentais, muita coisa mudou.

Os direitos não nasceram prontos e acabados, e é natural que, até que se alcance determinado estágio evolutivo, passem os atos normativos por crises e mudanças decorrentes delas, perdendo muito de sua legitimidade os direitos até então vigorantes.

O que se clama atualmente é por uma legitimidade democrática do processo penal, não mais se admitindo o chamado “processo penal inquisitório”, bem comum dos tempos sombrios dos regimes de exceção, períodos marcados por supressão de vários direitos e garantias fundamentais dos acusados em geral e, principalmente, por desrespeito a regras mínimas de processo penal.

As regras processuais ditam o ritmo do “jogo” entre o cidadão acusado e o Estado-acusador, sendo crucial que sejam claras, previamente definidas (que não causem surpresas indesejáveis a quem está se defendendo), que garantam paridade de armas entre os contendores, mas que sejam também eficientes na consecução dos objetivos de quem busca a punição por quem tenha praticado alguma espécie de ilícito, sendo esse um interesse legítimo de toda a sociedade.

Se é verdade a importância da preservação dos direitos dos acusados, a outra vertente,

da eficiência estatal na busca da punição, também precisa ser verdadeiro, pois, conforme nos recorda TUCCI, a lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais ou coletivos afeta a convivência comunitária, incumbindo ao Estado restaurar a ordem jurídica atingida, sendo sua tarefa restabelecer a paz social, que é assecuratória da segurança pública⁴⁴.

O processo penal, fortemente embebido no caldo do chamado “garantismo jurídico”, inspirado no movimento de redemocratização, passa por um momento de necessária revisão de seus conceitos, diante do alcance extremamente negativo da chamada macrocriminalidade que assola o Brasil, corroendo a confiança do cidadão nas instituições.

Não se cuida, evidentemente, de se propor qualquer tipo de supressão ou revogação dos direitos e garantias fundamentais dos acusados em geral, algo que somente seria possível através de um indesejado golpe de Estado ou revolução, mas de propor o fortalecimento de práticas processuais (ou tecnologias de investigação) que tornem a investigação ou instrução criminal mais eficientes.

O desafio está em, respeitando-se os limites dos direitos e garantias fundamentais dos acusados em geral, dotar o Estado de condições de intervir de modo eficiente e constitucionalmente adequado no exercício de persecução penal que lhe foi confiado, de modo a diminuir a sensação de impunidade.

Daí porque a relação entre o processo penal e os direitos e garantias conferidos na Constituição não pode ser única e exclusivamente pautada na proteção do *jus libertatis* do cidadão face a alguma intervenção estatal, conforme nos alertam BEDÊ JÚNIOR e SENNA:

Verifica-se, então, o dilema existencial do processo penal: efetividade da coerção penal x direitos fundamentais, sendo que, para se obter uma maior efetividade daquela, é necessária a limitação destes. Ao revés, ampliá-los importa inviabilizar a efetividade da coerção. Procura-se, assim, desesperadamente, um ponto de equilíbrio, pois em um Estado Democrático de Direito, como o nosso, os fins nunca justificam os meios, devendo, portanto, a eficácia da coerção penal ser buscada com ética e respeito ao conteúdo mínimo dos direitos e garantias fundamentais.⁴⁵

44 TUCCI (2011, p. 29).

45 BEDÊ JÚNIOR e SENNA (2009, p. 24).

É preciso, também, buscar a compatibilização da proteção trazida pelos direitos e garantias fundamentais com uma persecução penal que se pretenda eficiente (um dos princípios da administração pública brasileira, donde se inserem os órgãos de segurança pública, é o da eficiência, conforme consta do *caput* do art. 37 da CF/88), e voltada à consecução do dever fundamental de segurança pública, contido no art. 144⁴⁶ da Constituição.

3.1 A EVOLUÇÃO DO PROCESSO PENAL: DO SISTEMA INQUISITORIAL ÀS GARANTIAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS.

O processo penal guarda singular importância nos textos constitucionais contemporâneos, pois é através do respeito às formas que direitos e garantias individuais são resguardados, sendo o processo penal, nas palavras de DELMANTO JÚNIOR, o único instrumento pelo qual o exercício estatal de distribuição de justiça penal seja legitimamente exercido, devendo este ser avesso a arbitrariedades, caprichos, humilhações gratuitas, prisões desnecessárias e etc.⁴⁷

Não sem razão é que ROXIN já escreveu que “*el derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado.*”⁴⁸

MENDES (Gilmar Ferreira Mendes, Ministro do STF), por seu turno, referindo-se ao elenco de normas constitucionais destinadas à defesa da posição jurídica individual perante a administração e os órgãos jurisdicionais, mencionou que o fenômeno da ampliação desses direitos e garantias fundamentais não seria uma exclusividade brasileira (como de fato não é), graças em muito, segundo ele, à evolução de normas internacionais de respeito aos direitos

46 Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio...

47 DELMANTO JÚNIOR (2001, p. 5).

48 ROXIN (2001, p. 10).

humanos⁴⁹.

Mas até se chegar ao estágio que temos hoje nos países com Constituições democráticas, de respeito à dignidade da pessoa humana (um dos fundamentos da República brasileira é a dignidade da pessoa humana: CF/88, art. 1º, III) como pressuposto para todas as demais normas de direito processual penal, a humanidade teve de vivenciar a era das inquisições.

Talvez o maior exemplo de processo inquisitorial institucionalizado, organizado para cumprir seus objetivos, tenha sido aquele surgido no medievo, por ocasião do Tribunal do Santo Ofício ou Tribunal da Inquisição, de origem na Igreja Católica Romana, em que as acusações eram secretas, a prova testemunhal a mais utilizada, e a confissão uma obsessão dos investigadores, quase sempre obtida mediante tortura, ao passo que os juízes eram livres para decidir, sem qualquer tipo de amarra ou necessidade de fundamentação, e as penas eram as mais variadas, sem respeito algum a qualquer lei previamente aprovada, muitas dessas penas de natureza corpórea.

A evolução do direito penal e processual penal tem na magistral obra de Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria (ou, simplesmente, BECCARIA), intitulada “Dos delitos e das penas” o seu apogeu no período denominado de “Iluminismo”, destacando-se o opúsculo em meio a obras de gigantes como Voltaire, Rousseau e Montesquieu.

Volta-se BECCARIA contra males suplantados atualmente em todas as Constituições democráticas pelos chamados direitos e garantias fundamentais, mas que, àquele tempo, grassavam e eram considerados comuns, como a tortura física, os julgamentos secretos, a desproporcionalidade das penas, a pena de morte, a vingança privada, a falta de independência do Poder Judiciário, etc.⁵⁰

É de BECCARIA a defesa aberta ao princípio da legalidade, ao argumentar (em 1764,

49 MENDES (2012, p. 30).

50 BECCARIA (1999, p. 21 e ss.).

aos 27 anos) que “...o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social”⁵¹, princípio esse de suma importância para o direito penal, previsto na CF/88 no art. 5º, II (“Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”), e art. 1º do Código Penal (“Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”).

O princípio da legalidade penal, de fundamental importância democrática, comumente é mitigado ou afastado nos períodos de exceção em modelos de governos ditatoriais, tal como recordado por FERRAJOLI, ao mencionar uma lei da Alemanha nazista, de 28 de junho de 1935, que substituiu o art. 2º do Código Penal de 1871, e que trazia em seu bojo o princípio da legalidade, pela redação seguinte:

Será punido quem pratique um fato que a lei declare punível ou que seja merecedor de punição, segundo o conceito fundamental de uma lei penal e segundo o são sentimento do povo. Se, opondo-se ao fato, não houver qualquer lei penal de imediata aplicabilidade, o fato punir-se-á sobre a base daquela lei penal cujo conceito fundamental melhor se ajuste a ele.⁵²

É chamada a atenção também para a valoração das provas testemunhais, exigindo BECCARIA, do legislador, que determine de maneira exata o grau de confiança que se deve conferir às testemunhas e à natureza das provas suficientes para a constatação de um delito, demonstrando ele já uma preocupação com a chamada verdade “real” do processo penal, ao dizer que as formalidades processuais devem ser fixadas de modo que não possam prejudicar a busca pela verdade.⁵³

A preocupação de BECCARIA surtiu efeitos, pois em todas as legislações existe um regramento específico tratando da produção de provas.

E a legislação sofre evidentemente os influxos do processo de constitucionalização dos

51 *Idem*, p. 27.

52 FERRAJOLI (2010, p. 353).

53 BECCARIA (1999, p. 38).

direitos e garantias fundamentais, de modo que apenas os meios de prova que respeitem o princípio da dignidade humana são admitidas, vedada, em absoluto, por exemplo, provas extraídas a partir de procedimentos que se utilizem de tortura física e psicológica, infelizmente ainda existentes na práxis policial brasileira, mas em franco declínio.

BECCARIA, a propósito da tortura como meio de se alcançar uma confissão ou testemunho, condenou o método de modo bastante enfático:

Esse meio infame de descobrir a verdade é um monumento da bárbara legislação dos nossos antepassados, que honravam com o nome de julgamento de Deus as provas de fogo, as da água fervendo e a sorte incerta dos combates. Como se os elos dessa corrente eterna, cuja origem está no seio da Divindade, pudessem desunir-se ou romper-se a cada instante, ao sabor dos caprichos e das frívolas instituições dos homens!⁵⁴

É bem verdade que, antes de BECCARIA, um autor chamado Johann Graefe escreveu obra chamada *Tribunal Reformation, a case against torture*, de 1624⁵⁵, tendo a Inglaterra, bem antes que os demais países europeus, abolido a prática odiosa oriunda das inquisições, no entanto, de fato, foi apenas com a visibilidade conferida pela obra do italiano, traduzida para diversas línguas, é que a visão iluminista veio a começar a prevalecer e influenciar a abolição da prática degradante noutros países, culminando o processo com o período pós-Revoluções, e depois, quando, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, a prática da tortura foi claramente rechaçada (art. 5º. Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.)

No plano nacional, após um período em que estivemos sob o governo de militares, e com a prática da tortura praticamente institucionalizada nos chamados “porões da ditadura”, com o advento da “Constituição Cidadã” (expressão utilizada pelo então presidente da Câmara de Deputados, Ulysses Guimarães), acabamos consagrando, no art. 5º, III, a garantia

54 Idem, p. 48.

55 SCOTT (2009, p. 6-7), enxerga na tortura um meio de vingança do torturador em face do torturado, como meio de demonstração de poder e força, o que pode acontecer pelas mãos seja do Estado ou de um gângster.

de que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, determinando-se ainda, no mesmo artigo, desta feita no inciso XLIII, que a lei considere a tortura crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (o que veio a ser concretizado a partir da vigência da Lei 9.455, de 7 de abril de 1997).

Além da proteção contra a tortura, o legislador constituinte trouxe para o texto da CF/88, especialmente no art. 5º, diversos outros direitos e garantias fundamentais que formam um conjunto de normas que influenciam toda nossa interpretação infraconstitucional e produção legislativa pós-redemocratização, em especial com reflexos para o processo penal, tais como, por exemplo, o direito à inviolabilidade residencial (XI), à inviolabilidade das comunicações telefônicas (XII), a proibição de tribunal ou juízo de exceção (XXXVII), a garantia do devido processo legal (LIV), do contraditório e da ampla defesa (LV), da proibição à prova obtida por meio ilícito (LVI), da presunção de não-culpabilidade (LVII), e o direito dos acusados em geral em permanecerem em silêncio (LXIII).

Todas essas cláusulas constitucionais evidenciam, quando comparadas numa linha do tempo evolutiva da sociedade, o nível de desenvolvimento normativo a que chegamos, graças ao movimento inicial de constitucionalização de direitos individuais, tornados depois fundamentais, e que formam na atualidade um verdadeiro sistema de garantias para os cidadãos.

3.2 A OPÇÃO CONSTITUCIONAL PELO SISTEMA ACUSATÓRIO E SUAS CONSEQÜÊNCIAS PARA O PROCESSO PENAL.

Teria o Brasil adotado ou não o chamado “sistema acusatório” na CF/88? Teríamos, ao invés de um sistema bem identificado, um *tertius genus*, ou um sistema *sui generis*, misto de acusatório e inquisitivo?

Estas são perguntas que pululam manuais e compêndios de direito processual penal e que precisam, para serem respondidas, do conhecimento prévio a respeito das características dos sistemas de justiça penal que são conhecidos: o sistema acusatório e o sistema inquisitório.

Em ambos o que importará é a cadeia de operações realizadas (e o modo como são executadas) para se alcançar a “verdade” no processo penal, e a própria visão que cada tipo de sistema guarda a respeito do que possa ser considerado verdade, se uma verdade formal ou material.

3.2.1 O sistema inquisitório.

Os sistemas penais podem refletir a ideologia vivenciada num determinado momento histórico, seja pela edição de leis mais duras (do tipo “lei e ordem”), em atendimento a algum clamor popular, logo depois de algum fato ou crime bárbaro praticado, ou situação de calamidade decorrente de forte desarranjo social, seja pela flexibilização das leis ou mesmo interpretação por parte de juízes, quando em tempos de atenção maior aos direitos humanos.

O direito penal simbólico, nesses momentos de legislação de emergência, exsurge com força, trazendo consigo, invariavelmente, alterações que, no mais das vezes, são realizadas nas regras do jogo, isto é, no processo penal, seja visando a dar mais celeridade e eficácia (visão utilitarista pura), seja impondo alguma garantia ao acusado (visão garantística).

O maior ou menor grau de adoção de um ou outro sistema de processo penal irá nos indicar, na mesma proporção, o maior ou menor grau de evolução democrática daquela nação que os adotarem: geralmente tem-se observado que em países com maior grau de repressão o sistema processual penal adotado é o inquisitório, ao passo que nos países democráticos o sistema empregado é o acusatório.

No Brasil, convencionou-se dizer na doutrina majoritária que o sistema adotado foi o “misto”, no entanto, pelo que se percebe, esse tipo de diagnóstico é fruto de uma leitura que não parte exclusivamente da Constituição (quando deveria sê-lo), mas também das leis processuais penais infraconstitucionais, como o Código de Processo Penal, o que é um grande equívoco.

Há no sistema inquisitório, como nota característica, a confusão existente entre as figuras do acusador e julgador, sendo missão, do assim chamado “inquisidor”, arrancar do processo a chamada verdade “real”.

No Tribunal do Santo Ofício português, segundo registros em dissertação de mestrado em História defendida por FERNANDES, até mesmo o papel de defensores era exercido também pelo inquisidor, que já cumulava as funções de acusar e julgar!⁵⁶

A busca pela verdade real e sua identificação com o modelo inquisitório de processo guarda raízes no direito canônico, e teve seu crescimento a partir do século XII, coincidindo justamente com o declínio do sistema até então vigente, que era o acusatório⁵⁷.

Foi em 1376 que o inquisidor NICOLAU EYMERICH escreveu o Manual do Inquisidor, de cuja leitura é possível se constatar que havia uma tara muito grande pela verdade real, posto que até mesmo o uso da tortura era considerado legítimo para se alcançar a “abjuração”, uma espécie de confissão qualificada, em que o processado tinha que admitir seus pecados e renunciar a eles em nome da fé católica.

Em suma, no processo inquisitório, há uma aglutinação, no juiz, que é parte, das funções de investigar, dirigir o processo, acusar e julgar, sendo características ser escrito, porém secreto e desinvestido de contraditório, existindo, nas palavras de LOPES JR., em verdade, um “desamor” pelo contraditório⁵⁸.

56 FERNANDES (2011, p. 132).

57 LOPES JR. (2012, p. 121).

58 LOPES JR. (2012, p. 122).

3.2.2 O sistema acusatório.

Atualmente, na doutrina, não restam dúvidas sobre o que caracteriza, na essência, um sistema de processo penal de cunho acusatório, e o que marcaria, fundamentalmente, um sistema inquisitório.

Nesse sentido, FERRAJOLI denomina de acusatório “todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção”, fazendo nítida distinção com o sistema inquisitório, em que “o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos da defesa.”⁵⁹

O processo penal de natureza acusatória nasceu no direito grego e desenvolveu-se no direito romano, vigorando o sistema de ação popular para os delitos considerados graves (em que qualquer pessoa poderia acusar) e de ação privada para os de menor gravidade (apenas o ofendido tinha o direito de ação), e seguia-se a lógica do Direito Civil⁶⁰, como um processo de caráter predominantemente privado da acusação, porém, já representava um grande avanço considerando o passado de vingança de sangue, com passagem da função de julgamento a um terceiro órgão alheio⁶¹.

No início do processo romano, na fase do *cognitio extra ordinem*, o sistema, ainda pouco desenvolvido, não conhecia a figura da acusação como distinta daquele que iria

59 FERRAJOLI (2010, p. 520-521).

60 LOPES JR. (2012, p. 117).

61 FERRAJOLI (2010, p. 520).

promover o julgamento, de modo que as funções eram concentradas nos magistrados, o que caracterizava, ainda, um sistema inquisitivo.

Entretanto, já nos últimos séculos da República, viram os romanos desenvolver-se o processo na sua forma de *accusatio*, sendo separadas as funções, com surgimento de um órgão distinto do judicial, o *accusator*, que era um representante voluntário da coletividade.

Com a derrocada da República e ascensão do Império, houve um recrudescimento da participação popular nas tribunas, o que levou novamente a uma concentração, nas mãos dos magistrados (Estado), das funções de acusar e julgar, retrato do momento político, bastante influenciador das regras jurídicas (que servem à dominação, em qualquer lugar ou período temporal), com objetivos claros de diminuir a subsversão e movimentos conspiratórios, sendo, aí, construídas as figuras da “denúncia fatal” e da “calúnia oculta”, no lugar da acusação pública, bem como os juízos *ex officio*, secretos, e escritos por magistrados delegados pelo príncipe, com ênfase na detenção do acusado, utilizando-se seu depoimento, quase sempre acompanhado de tortura, como meio de prova⁶².

Seja para manutenção do poder e *status quo*, seja para se tentar evitar supostos equívocos e insuficiência na produção das provas de acusação, o fato é que, em momentos de crise, constata-se, historicamente, uma tendência a se negar ao processo penal o sistema acusatório, com clara distinção entre as figuras do acusador e do julgador.

Após o período do Império Romano, já durante as invasões bárbaras, o processo retorna a seu modelo acusatório, através do sistema das ordálias e duelos judiciais, consolidando-se no mundo anglo-saxão o chamado “adversarial system”, que de certo modo foi por lá preservado e aperfeiçoado, transmitindo-se a herança cultural para o direito norte-americano.

No movimento assimétrico e pendular típico que marcam a evolução social humana,

62 FERRAJOLI (2010, p. 521).

mais uma vez, no continente europeu, entra em declínio o sistema acusatório, e institui-se, com o crescimento da Igreja Católica, o procedimento eclesiástico para os crimes de heresia e magia, somando-se ao rito igualmente violento já previsto para os crimes de lesa majestade e conspiração contra os reis, assumindo, então, o sistema inquisitivo, caráter ordinário, perdurando por cerca de 5 séculos na Europa, com forte influência no mundo inteiro.

Somente com a ascensão do Iluminismo, e suas denúncias contra as práticas de tortura da Inquisição, o que influenciou fortemente a Revolução Francesa, é que o sistema acusatório veio a ser ressuscitado, baseando-se, nos idos de 1789 e seguintes, nas experiências do júri, do contraditório, da livre convicção do juiz, e etc.

A experiência, todavia, não durou muito tempo, vez que, em meio ao caos criado pelos revolucionários (sempre é bom lembrar que a cabeça de qualquer revolucionário demora, mas acaba também caindo na guilhotina, tal como sucedeu fatalmente com Robespierre, revolucionário de primeira hora), e surgimento do Código de Napoleão de 1808, deu-se nascimento ao famigerado sistema “misto” de inquisição e acusação, que acabou sendo difundido para a Europa e, certamente, para o Brasil.

Tinha-se um modelo que foi extenuantemente repetido aqui: prevalência da fase inquisitória do processo num primeiro momento, em segredo e transcorrida por escrito, sem participação do acusado, que era privado de sua liberdade, seguindo-se de um modelo pretensamente acusatório, com contraditório público, debate entre acusação e defesa, mas com forte tendência a apenas repetir e confirmar, tal como uma encenação, o resultado da primeira fase⁶³.

O apego a resquícios do sistema inquisitivo em tempos contemporâneos é facilmente constatável a partir da leitura de alguns dispositivos processuais penais recentemente modificados em nossa legislação, como, por exemplo, o art. 531 do CPP, que previa a

63 FERRAJOLI (2010, p. 522).

possibilidade de início do processo para as contravenções penais por portaria do juiz (redação que só veio a ser modificada em 2008, através da reforma tópica efetivada pela Lei 11.719, que procurou adequar o Código de Processo Penal ao sistema acusatório).

É equivocado, no entanto, concluir, a partir da leitura de nossas leis processuais infraconstitucionais, que o sistema vigente no Brasil seja o inquisitivo ou o misto, quando, a nosso ver com clareza solar, o constituinte originário optou por adotar o sistema acusatório, ainda que de modo implícito, ao atribuir ao Ministério Público, em regra, a titularidade da ação penal (art. 129, I), bem assim por não haver previsto qualquer possibilidade de início de ação penal ou persecução criminal através de órgãos do Poder Judiciário (o que, de todo modo, a nosso ver, acabaria por afrontar o Estado Constitucional Democrático de Direito inaugurado em 1988).

SILVA JR. defende exatamente essa mesma postura, de mudança de azimute e alteração do fluxo de interpretação de nosso ordenamento jurídico, partindo-se da Constituição para o CPP, e não o inverso:

O Código de Processo Penal, portanto, precisa ser revisitado sob as lentes de um ordenamento jurídico democrático efetivamente inaugurado com base na Constituição de 1988, o que implica que a sua leitura seja feita sob a concepção de que ele não é orientado mais pelo sistema misto, mas sim pelo acusatório.⁶⁴

É de NICOLITT a mesma conclusão, isto é, de que, apesar de nossa Constituição, a exemplo do que ocorre com a Constituição portuguesa⁶⁵, não haver expressamente adotado o sistema acusatório, todo nosso manancial de normas, interpretado sistematicamente, não nos permite alcançar outro quadro senão o que aponte para a institucionalização, também no Brasil, do sistema acusatório⁶⁶, sendo um erro afirmar-se, a partir da leitura de normas infraconstitucionais, que teríamos adotado um sistema inquisitorial ou misto.

64 SILVA JR. (2009, p. 47).

65 Art. 32º (garantias de processo criminal), item 5: O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório.

66 NICOLITT (2009, p. 24-25).

Em sendo acusatório o nosso sistema, seria natural que as regras de direito infraconstitucional viessem a sofrer adequações que visassem atender à Constituição e ao modelo democrático de processo penal por ela desejado.

Uma das alterações mais latentes veio com a inversão da ordem das oitivas das pessoas nas audiências de instrução e julgamento do procedimento comum, com mira, sem sombra de dúvidas, na valorização de uma relação efetivamente triangular (juiz-acusação-defesa)⁶⁷ e paritária, própria de algo que se queira minimamente democrático e do modo pensado na Constituição.

Antes das alterações promovidas pela Lei 11.719/2008 o processo iniciava-se, após o recebimento da denúncia, com a designação do interrogatório do acusado, seguindo-se apenas depois com a abertura de prazo para defesa prévia (acaso não fosse apresentada a defesa logo após o interrogatório por ocasião da primeira audiência), e, posteriormente, nova audiência, desta feita para a oitiva das testemunhas de acusação e de defesa.

A partir de então, em atenção às cláusulas constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, todos direitos fundamentais dos acusados em geral, o legislador infraconstitucional decidiu promover a sobredita alteração, passando-se, primeiro, a se conceder prazo para a apresentação, pelo denunciado, de resposta escrita à acusação (CPP, art. 396), ou seja, o acusado é ouvido formalmente antes do juiz decidir se recebe ou não a denúncia.

Recebida a denúncia, aí sim, em audiência única de instrução e julgamento (em tese assim deveria ser), passam a ser ouvidas todas as testemunhas de acusação e de defesa, para, somente ao final, ser interrogado o acusado (CPP, arts. 399 e 400).

Com essa alteração na ordem das oitivas fica evidente o propósito do legislador

67 GRINOVER (2013, p. 79): "O acusado não é mais, como em tempos idos, objeto do processo, mas é sujeito da relação jurídico-processual, ao lado do juiz e do ministério público, e o contraditório é condição para todo e qualquer ato de formação da prova."

infraconstitucional de garantir ao acusado o direito de poder avaliar melhor as provas que serão produzidas contra si e, junto com sua defesa técnica, definir sua estratégia por ocasião do interrogatório.

O interrogatório em si, a propósito, também sofreu alterações. Antes considerado um meio de produção de provas, tanto que da lei constava a advertência de que, acaso permanecesse em silêncio, tal opção poderia ser interpretada em seu desfavor, com o advento da Lei 10.792/2003 essa intervenção inconstitucionalmente gritante ao direito em permanecer calado (*nemo tenetur se detegere*) contido no art. 5º, LXIII, foi expurgada de nosso ordenamento jurídico, passando a constar, no parágrafo único do art. 186: “O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.” (retornaremos ao tema com mais acuidade mais adiante, ao tratarmos do direito ao silêncio).

Esses são pequenos exemplos que demonstram a "força normativa" da Constituição (para utilizarmos expressão consagrada por Hesse) por sobre a legislação infraconstitucional, e que não poderia deixar de ser observada pelo legislador infraconstitucional, tanto que o CPP, de 1941, vem passando por diversas reformas, chamadas de "tópicas", tudo isso visando, sem sombra de dúvidas, a amoldar nosso ordenamento jurídico a um conjunto de normas de direitos fundamentais que, juntas, compõem o chamado sistema acusatório, adotado pelo Brasil com a CF/88, marcadamente democrática.

O sistema acusatório, na forma estabelecida no Brasil, influenciou alterações profundas no procedimento penal, bem assim no modo de ser encarado o processo penal, cujas raízes hoje se alimentam do manancial de normas de direitos fundamentais contidas na Constituição e nos tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário.

A colaboração premiada é um desses institutos que, ao ser regulada pela Lei 12.850/2013, conforme veremos, obedeceu às normas de direitos fundamentais referentes ao processo penal, e em conformidade com tais normas deve ser interpretada e aplicada.

4 A TEORIA (LIBERAL) DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: sua aplicação no exame dos direitos fundamentais.

4.1 LIBERALISMO JURÍDICO E LIBERALISMO ECONÔMICO.

A abordagem dogmática proposta nesta dissertação parte da visão liberal da Teoria dos Direitos Fundamentais trabalhada aqui no Brasil por LEONARDO MARTINS, em duas obras que servirão de base para nosso estudo: *Liberdade e Estado Constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais* (2012), esta obra escrita apenas por ele, e *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais* (2014), em co-autoria com DIMITRI DIMOULIS.

A outra fonte doutrinária utilizada é a obra de BODO PIEROTH e BERNHARD SCHLINK, *Direitos Fundamentais* (2012), também deveras crucial para analisar o núcleo de um caso de direito fundamental, quando se é necessário avaliar se determinada medida estatal se mostra compatível com o direito fundamental supostamente atingido.

Evidentemente que o propósito não será esgotar ou dissecar o que é trabalhado nessas importantíssimas obras, mas aproveitar os aportes teóricos nelas contidos para ajudar no exame da adequação constitucional da aplicação do instituto da colaboração premiada, tal como previsto na Lei 12.850/2013, considerando a garantia constitucional do silêncio dos acusados, prevista no art. 5º, LXIII, da CF/88.

Um primeiro aspecto a destacar repousa na nomenclatura.

Teoria jurídica de cunho liberal e liberalismo econômico são conceitos que não necessariamente andam juntos, conforme nos recorda MARTINS⁶⁸, sendo que, embora se funde no conceito de separação entre Estado e sociedade, não se propõe a Teoria Liberal dos

68 MARTINS (2012, p. 28).

Direitos Fundamentais (TLDF) à tarefa de definição de um modelo de Estado ou de sociedade, sendo essa uma característica de teorias outras que acabam se valendo da mistura, não acatada pela TLDF, entre direito e moral.

Ao se mencionar aqui a TLDF não se estará automaticamente afirmando que tal teoria seria aplicável num cenário de um Estado ou sociedade moldada de acordo com ideais liberais ou neoliberais.

A própria noção de liberalismo é extremamente multifacetada, havendo, em verdade, vários "liberalismos".

Da obra de JOSÉ GUILHERME MERQUIOR, *O Liberalismo: moderno e antigo* (2014), é possível extrair uma plêiade de formatos do liberalismo, desde o clássico, tendo por expoentes iluministas do porte de Locke, Tocqueville, John Stuart Mill, passando pelos conservador, de Spencer, até chegar aos novos liberalismos, ou neoliberalismos, de matizes as mais diversas possíveis, como Kelsen, Keynes, Popper, Mises, Hayek, Bobbio, Rawls, dentre outros.

Não é possível, portanto, sequer ao menos falar em um único tipo de liberalismo, nem tampouco um único tipo de neoliberalismo, quanto mais querer identificar, num tipo de teoria liberal jurídica, um tipo de liberalismo econômico subjacente, advertência essa importante de ser feita para que não haja confusão.

De todo modo, destacada a eventual incongruência de querer se reduzir uma teoria jurídica liberal a alguma forma de neoliberalismo econômico, para compreensão inicial de qualquer espécie de liberalismo (a partir daí as teorias vão se sofisticando e, em cada corte epistemológico, se distinguindo) é necessário saber, tal como leciona MERQUIOR, que, na forma clássica, o liberalismo caracterizou-se por um cabedal de formulações teóricas defensivas de um modelo de Estado constitucional (previsão de uma autoridade nacional central com divisão clara de poderes limitados e passíveis de controle pelos governados) e

com amplitude de liberdades civis individuais.

A importância do liberalismo para o direito é imensa, pois foi com o liberalismo, e as idéias trazidas do iluminismo, que iniciou-se o processo de constitucionalização das sociedades, isto é, de limitação do poder do governante através da lei, e do respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos governados, servindo de base para o constitucionalismo contemporâneo.

4.2 PRINCÍPIOS REITORES: DISTRIBUTIVO E DA SEPARAÇÃO DAS ATIVIDADES LEGISLATIVA, E DE APLICAÇÃO DO DIREITO.

Um dos princípios fundamentais da teoria consiste no chamado "princípio distributivo", o qual informa que ao Estado compete justificar suas intervenções na liberdade, e não ao particular justificar a forma de exercício de sua liberdade.

O outro princípio, de forte influência juspositivista, e de cunho nitidamente liberal, é o da separação das atividades legislativa e de aplicação do direito.

Em tempos de forte ativismo judicial, esse princípio apregoa que, nos limites fixados constitucionalmente, ao Legislativo compete, exclusivamente, a instituição de políticas estatais, tal como o recrudescimento de determinado tipo de normas, ou, por exemplo, a adoção de mecanismos mais efetivos de combate ao crime, cabendo aos parlamentares pagar apenas o preço político por suas escolhas.

Não será com base na TLDF, portanto, que serão justificadas juridicamente posições adotadas pelo Judiciário no trato de questões que deveriam ter sido objeto de decisão política do Poder Legislativo, quando mais em se tratando de direitos fundamentais.

4.3 O QUE SÃO DIREITOS FUNDAMENTAIS.

A expressão "direitos fundamentais" não surgiu da noite para o dia e é acima de tudo fruto de um desenvolvimento histórico dos direitos do homem, com sua positivação nas declarações de direitos, constituições e tratados internacionais.

Não sem razão é que ROGERIO GESTA LEAL assevera que a história dos Direitos Humanos (identificados enquanto direito fundamentais), "é a história da própria condição humana e de seu desenvolvimento nos diversos modelos e ciclos econômicos, políticos e culturais pelos quais passamos."⁶⁹

De pronto verificamos que há uma variedade de expressões utilizadas para falar de direitos fundamentais, no sentido posto atualmente pelo constitucionalismo, muitas vezes identificando direitos humanos como necessariamente direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, entretanto, "nascem e acabam com as Constituições"⁷⁰, ou seja, não se confundem com os chamados "direitos humanos" (estes guardam relação com as normas de direito internacional), nem tampouco podem ser misturados com os chamados "direitos naturais"; nas exatas palavras de DIMOULIS e MARTINS:

Um direito só existe juridicamente a partir de sua positivação, que estabelece seu exato alcance. Sem esse reconhecimento, tem-se simplesmente uma reivindicação política, que eventualmente pode permitir a positivação dos direitos fundamentais, mas, evidentemente, não permite reivindicar direitos em âmbito jurídico⁷¹.

A heterogeneidade conceitual e terminológica é evidente, e na própria CF/88 podemos encontrar diversas expressões cujo conteúdo semântico parece remeter à idéia ou conceito de direitos fundamentais:

- "Direitos humanos" (art. 4º, II);
- "Direitos e garantias fundamentais" (art. 5º, § 1º, e Título II);

69 (2000, p. 33).

70 Pedro C. Villalon, citado por SARLET (2004, p. 37).

71 (2014, p. 45).

- "Direitos e liberdades constitucionais" (art. 5º, LXXI);
- "Direitos e garantias individuais" (art. 60, § 4º, IV).

A distinção terminológica, contudo, faz-se necessária, pois há, em primeiro lugar, um constatado emprego de diferentes significados para as expressões na história constitucional mundial, e, em segundo lugar, pode haver conseqüências na interpretação de cláusulas constitucionais, a depender dos argumentos construídos a partir das expressões e seus significados, que excluam ou ampliem indevidamente a tutela dos direitos fundamentais (direitos sociais vistos como espécie de direitos coletivos, e não individuais, por parte da doutrina, exemplificam os autores).

A opção terminológica pela expressão "direitos fundamentais", sob o ponto de vista dogmático-jurídico, parece ser a mais acertada para se trabalhar no campo da ciência jurídica no Brasil, porquanto foi a escolhida pelo constituinte de 88 para a epígrafe do Título II, "Direitos e garantias fundamentais", abrangendo esse termo genérico todas as demais espécies nominadas nos capítulos que se seguem: "direitos e deveres individuais e coletivos" (I), direitos sociais (II), nacionalidade (III), direitos políticos (IV) e partidos políticos (V).

Ao optar pela expressão "direitos fundamentais", nosso legislador teria se inspirado na Lei Fundamental da Alemanha e na Constituição Portuguesa de 1976⁷², rompendo com tradição antiga em nosso direito constitucional positivo, posto que a expressão "direitos fundamentais" até então não tinha ainda sido utilizada.

Fundamentais, portanto, diante do que foi visto, são os direitos (direitos públicos-subjetivos, na expressão de Georg Jellinek⁷³) da pessoa (natural ou jurídica), reconhecidos pela Constituição (positivados), e que têm por função limitar o poder estatal em face de uma liberdade individual protegida.

72 SARLET (2004, p. 34).

73 DIMOULIS e MARTINS, 2014, p. 49.

4.4 CATEGORIAS E FUNÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

A classificação é a adotada por DIMOULIS e MARTINS⁷⁴, e é a utilizada pela doutrina contemporânea (citam Alexy, Pieroth e Schlink, Hufen, dentre outros), sendo dividida em três espécies, a partir da observação da relação entre o Estado e o indivíduo: i) direitos de *status negativus* ou pretensão de resistência à intervenção estatal; ii) direitos de *status positivus* ou sociais ou a prestações; e iii) direitos de *status activus* ou políticos ou de participação.

A classificação jellinekiana também é adotada por SARLET⁷⁵:

Entendemos, na esteira de outros autores, que é na doutrina de Jellinek, por nós sumariamente exposta, que iremos encontrar uma das vertentes mais férteis para a obtenção de uma proposta classificatória cientificamente resistente, além de constitucionalmente adequada.

(...) a classificação e acordo com o critério funcional é suficientemente abrangente e elástica para viabilizar sua adaptação às peculiaridades do direito constitucional positivo, bem como por propiciar elementos seguros sobre as funções dos direitos fundamentais, com aplicação na seara hermenêutica, inclusive no que concerne ao problema da eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais.

Os próprios autores de *Teoria geral dos direitos fundamentais*, inclusive, admitem que a configuração classificatória jellinekiana não é completa, por não abranger, segundo eles, todas as formas de direitos fundamentais encontradas nas modernas constituições, porém, mesmo debaixo de todas as críticas que possa a classificação merecer, ela é, sem dúvidas, o melhor ponto de partida⁷⁶, situação essa reconhecida também por ALEXY, para quem "A despeito de suas inúmeras obscuridades e algumas deficiências, a teoria do status de Jellinek é o mais formidável exemplo de construção teórica analítica no âmbito dos direitos fundamentais."⁷⁷

74 DIMOULIS e MARTINS (2014, p. 49 e ss.).

75 SARLET (2004, p. 173-174).

76 DIMOULIS e MARTINS (2014, p. 55).

77 ALEXY (2008, p. 269).

4.4.1 Direitos de *status negativus*.

Os direitos de *status negativus* têm por característica permitir à pessoa resistir a uma intervenção estatal; gera obrigação negativa para o Estado, que está terminantemente proibido de agir em face do indivíduo em favor de quem incide a proteção constitucional, daí porque o uso da expressão "direito de resistência", escolhida pelos autores, que registram o uso também do termo "direito de defesa"⁷⁸, deixado de lado diante da possibilidade de gerar alguma confusão com a defesa de natureza processual.

Os direitos de *status negativus*, que se identificam com os assim chamados "direitos de 1ª geração", são considerados clássicos, presentes desde as primeiras Declarações (séc. XVIII), e têm por função proteger a pessoa das inflexões e ingerências estatais, preservando-se a liberdade individual, principalmente no que diz respeito à atuação econômica e o patrimônio (direitos de liberdade e igualdade, direito à vida e propriedade, liberdade de locomoção, de imprensa, de associação, de reunião, etc.).

4.4.2 Direitos de *status positivus*.

A segunda categoria proposta é a dos direitos de *status positivus* ou sociais ou a prestações.

A explicação para como funcionam esses tipos de direito é simples: o indivíduo poderá exigir do Estado uma determinada prestação, cabendo a este último agir de acordo com o determinado pela Constituição

As prestações devidas pelo Estado, segundo DIMOULIS e MARTINS, são de duas ordens:

78 SARLET (2004, p. 180), utiliza a expressão "direito de defesa".

- a) prestações materiais, consistentes na oferta de bens ou serviços a indivíduos que não podem obtê-los no mercado (alimentação, educação, saúde, etc.), como oferecimento de serviços monopolizados pelo Estado (exemplificam com a segurança pública)⁷⁹; e
- b) prestações normativas, com a criação de textos normativos que tutelam interesses individuais, como a obrigação estatal de legislar sobre as férias remuneradas.

Na dicção de KRELL, não são direitos (sociais) *contra* o Estado, mas *através* do Estado, com exigência ao poder público de prestações materiais, direitos esses oriundos de um modelo de Estado "prestador", com prevalência aos direitos coletivos sobre os direitos individuais⁸⁰.

4.4.3 Direitos de *status activus*.

A terceira e última categoria, na classificação estudada, é a dos direitos de *status activus* ou políticos ou de participação.

Esses direitos⁸¹ têm por função garantir ao cidadão a participação ativa na esfera política estatal, sendo exemplos o direito ao sufrágio (direito de escolha quanto ao representante), o referendo e o direito de participação em partido político (direitos de participação direta na formação da vontade política).

4.4.4 Direitos coletivos.

Além das categorias de direitos de acordo com suas funções classicamente enumeradas por Jellinek, outras há que precisam ser destacadas e comentadas, porquanto a

79 DIMOULIS e MARTINS (2014, p. 53). José Afonso da Silva, citado por SARLET (2004, p. 183), referiu-se aos direitos coletivos como "direitos individuais de expressão coletiva".

80 KRELL (2002, p. 19).

81 DIMOULIS e MARTINS (2014, p. 53).

teoria tripartite não foi suficiente para abranger o desenvolvimento vivido pelas constituições nos últimos anos.

Exemplo disso são os direitos coletivos, que DIMOULIS e MARTINS denominam de "tradicionais", do início do constitucionalismo, como o direito de resistência ou de criação de partido político, sendo nota característica o fato de que, para serem exercidos, precisam da atuação conjunta de uma coletividade⁸², apesar de titulares serem os indivíduos⁸³.

No pós-guerra, século XX, com o movimento de reforma constitucional, os chamados direitos "difusos" começaram a ser positivados, sendo que, nestes, a titularidade é realmente coletiva, sendo exemplo claro disso o direito do consumidor (regulamentado pela Lei 8.078/1990), o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à autodeterminação dos povos, ou, ainda, o direito à paz, direitos considerados, na classificação em dimensões, como direitos de 3ª dimensão.

O exercício dos direitos difusos não é feito sempre de forma individual, podendo os consumidores serem substituídos por associações, Ministério Público, Defensoria Pública, etc., e o grande problema existente é de definição de seu conteúdo (difuso), pois a indefinição pode gerar dificuldades na identificação de titulares e sujeitos passivos de forma clara.

4.4.5 Garantias de organização.

Uma outra categoria de arranjo normativo constitucional diverso do constante da proposta de Jellinek é o das chamadas "garantias de organização", em proposta formulada por Carl Schmitt, e o objetivo foi "criar e manter instituições que sustentem o exercício dos direitos fundamentais"⁸⁴, pois, do contrário, de nada adiantaria criar direitos sem a realização

82 SARLET, citando Vieira de Andrade, referiu-se aos direitos coletivos tradicionais como direitos individuais em que a coletividade passaria a ser apenas um instrumento para o exercício do respectivo direito coletivo (2004, p. 184).

83 DIMOULIS e MARTINS (2014, p. 56).

84 DIMOULIS e MARTINS (2014, p. 58).

de uma estrutura para garanti-los.

Nas palavras de SARLET, "as garantias apresentam papel instrumental em relação aos direitos fundamentais, servindo como instrumentos de efetivação dos direitos por ela protegidos, além de legitimarem ações estatais para defesa dos direitos fundamentais."⁸⁵

Evidentemente que, na implementação dessas garantias de organização, é preciso se pensar no custo a ser envolvido em tal tarefa, e a possibilidade financeira do Estado arcar com as despesas decorrentes, nem sempre fechando essa conta, sendo que, a julgar pelos últimos acontecimentos que vimos observando no plano nacional, aparentemente existe um problema que é mais de ingerência administrativa e corrupção do que de falta de recursos públicos que deveriam servir para cumprir com os mandamentos constitucionais.

4.4.6 Deveres fundamentais.

Além das garantias de organização, também a figura dos "deveres fundamentais" parece ter escapado à classificação de Jellinek.

O "esquecimento" dessa categoria talvez tenha explicação no foco que muitas vezes é conferido ao rol dos direitos fundamentais, e à tradição liberal que inspirou a formação das constituições.

Apesar disso, no Título II da CF/88, que trata dos direitos fundamentais, o capítulo I leva o epíteto de "Dos direitos e deveres individuais e coletivos", podendo o intérprete claramente chegar à conclusão de que nossa constituição agasalhou não apenas os direitos, como também os deveres fundamentais⁸⁶.

Na doutrina portuguesa temos importante estudo acerca dos deveres fundamentais na esfera tributária, intitulado "Do dever fundamental de pagar impostos", de autoria de JOSÉ

85 SARLET (2004, p. 193).

86 DIMOULIS e MARTINS (2104, p. 60).

CASALTA NABAIS⁸⁷, onde o tema é abordado em sua primeira parte de forma profícua.

Em outro trabalho, de menor fôlego, uma vez que o primeiro foi tese de doutoramento, o mesmo autor cuida especificamente do que ele chamou de "face oculta dos direitos fundamentais"⁸⁸, argumentando que, especialmente nas constituições erigidas no pós-2ª guerra mundial, houve um notório esquecimento dos deveres, tão fundamentais para o desenvolvimento de uma sociedade, segundo ele, quanto os direitos fundamentais, sendo esse um esquecimento natural, decorrente do período de negação de direitos atravessado durante a grande guerra, e de um reencontro posterior com a tradição liberal de construção jurídica, com raízes nas Declarações de Direitos, notoriamente a francesa (tratamos do tema das cosmovisões jurídicas no período pós segunda guerra mundial em capítulo anterior).

Daí porque NABAIS, prosseguindo em seu arrazoado, defende a existência dos deveres fundamentais como um contra-ponto necessário em toda constituição e uma categoria autônoma de direitos fundamentais:

De resto as constituições, mesmo quando não o dizem, integram diversos deveres fundamentais. A este respeito, podemos mesmo considerar que historicamente se foram formando tantas camadas de deveres fundamentais quantas as camadas de direitos. E assim temos os deveres que vêm da época liberal, como os deveres de defesa da pátria e de pagar impostos; temos os deveres que são os contributos da "revolução" democrática, consubstanciada na conquista do sufrágio universal, que nos deixou os deveres políticos como os deveres de sufrágio e de participação política; temos, enfim, os deveres que constituem o *apport* do estado social, ou seja, os deveres econômicos, sociais e culturais, como os deveres de subscrever um sistema de segurança social, de proteger a saúde, de frequentar o ensino básico, etc.⁸⁹

DIMOULIS e MARTINS elencam várias categorias de deveres fundamentais, expondo suas características⁹⁰. Tratam dos (a) "deveres estatais implícitos e não autônomos", quando se referem ao dever do Estado em cumprir com os direitos fundamentais, mediante a adoção de ações efetivas (o direito à educação básica, v.g., precisa que o Estado cumpra com o

87 NABAIS (2009).

88 NABAIS (2002, p. 9-30).

89 *Idem* (2002, p. 15).

90 DIMOULIS e MARTINS (2014, p. 60 e ss.).

dever de construir escolas, contratar professores, etc.).

Mencionam também os (b) "deveres estatais explícitos e não autônomos", como o dever de indenização por erro judiciário (CF/88, art. 5º, LXXV), e os (c) "deveres estatais autônomos" (chamados de "deveres de criminalização", tal como se sucede com o dever de criminalizar o racismo, previsto no art. 5º, XLII, da CF/88, que resultou na promulgação da Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça e cor).

A CF/88, além do mandamento de criminalização do crime de racismo, determinou também que o legislador observasse o dever de criminalização para os delitos de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, e os definidos como hediondos (art. 5º, XLIII), assim como a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV), a retenção dolosa de salários (art. 7º, X), o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente (art. 227, § 4º), etc.

E se houver desrespeito a um dever ou mandado constitucional de criminalização, poderia tal lacuna ser suprida por ação constitucional, em pronunciamento decisivo por parte do Poder Judiciário? De acordo com a TLDF, de jeito nenhum, pois aí estaria o Legislativo sendo imiscuido por completo em sua atividade-fim, inexistindo na CF/88 qualquer autorização expressa para tanto.

Existem omissões importantes do Poder Legislativo, tais como a definição penal de terrorismo (encontra-se em tramitação o chamado "Projeto de Lei Antiterror", PL nº 499/2013, no Senado Federal brasileiro), ou mesmo a criação da figura típica do preconceito de orientação sexual (homofobia), não se podendo permitir que, à míngua de uma definição do Poder Legislativo, o Poder Judiciário se substitua àquele e promova, *sponte propria*, e à margem da CF/88, a criminalização das condutas.

A respeito dos deveres de criminalização, os autores levantam curioso questionamento,

relativo à possibilidade ou não de descriminalização pelo legislador ordinário quando não há um dever explícito de criminalização, ou seja, se seria admissível pressupor um dever implícito de criminalização.

Como resposta, dizem que o legislador ordinário tem a palavra final para decidir se descriminaliza ou não determinado tipo de conduta, acaso o dever de criminalização não seja explícito, ou seja meramente implícito, podendo criminalizar se apresentar justificativa viável do ponto de vista de proteção a algum direito fundamental, com comprovação da adequação e necessidade da medida, sendo vedado o uso para fins apenas de fomentar a pena em sua faceta de retribuição-vingança.

Consideramos, nesse ponto, como impossível ao legislador, por exemplo, descriminalizar o homicídio, posto que a proteção à vida é direito garantido constitucionalmente, consagrado no *caput* do art. 5º da CF/88, existindo, portanto, verdadeiro dever implícito de criminalização do homicídio; atitude voltada a uma intenção descriminalizante seria demonstração de proteção estatal insuficiente, em desrespeito à vontade constituinte.

Outra categoria de dever fundamental é a dos (d) "deveres não autônomos dos particulares": haverá tantos deveres implícitos quantos direitos explicitamente considerados pela Constituição, ou seja, para cada direito de uma pessoa, um dever por parte das autoridades públicas e demais pessoas.

No que tange ao Estado, não há dúvidas de que a ele competiria o dever fundamental de garantir/respeitar/implementar um direito fundamental, o problema, segundo DIMOULIS e MARTINS, reside na possibilidade ou não de vinculação de particulares⁹¹.

Para os que defendem a vinculação, ou a simetria ou correspondência entre direitos e deveres fundamentais, o problema reside na conseqüência do sinalagma no campo das

91 DIMOULIS e MARTINS (2014, p. 63).

obrigações, porquanto gera o enfraquecimento da autonomia privada no que diz respeito à liberdade para contratar.

O problema não passou ao largo do estudo levado a cabo por DUQUE e PEDRA, que, com o exemplo da querela envolvendo procedimentos médicos e contratos de planos de saúde, chamam a atenção para o comprometimento da autonomia da vontade:

A partir dessa ótica, pode-se indagar v.g. se existe um dever (fundamental) da empresa de seguro saúde que a obriga a realizar tratamentos médicos inovadores e com custos exorbitantes em benefício dos seus segurados, ainda que haja expressa vedação contratual, o que tem sido muito discutido nos tribunais brasileiros. Entende-se que o responsável primário pela garantia das prestações sociais é o Estado. Assim, a sobrecarga dos atores privados com tais prestações, sem existência de lei e com viés de dever fundamental, enseja a ocorrência de um comprometimento da dinâmica dos subsistemas econômicos e sociais.⁹²

Enfim, como a CF/88 não traz expressamente a correspondência entre deveres e direitos fundamentais entre particulares, toda defesa de tese nesse sentido torna-se bastante complicada.

Enquanto os deveres não autônomos não trazem nenhum tipo de simetria entre direitos e deveres fundamentais dos particulares, os chamados (e) "deveres autônomos dos particulares" obriga-os a uma atuação positiva em alguns casos, como, por exemplo, na hipótese prevista no art. 205 da CF/88, que estabelece a educação enquanto dever da família, anotando DIMOULIS e MARTINS que as normas que prevêem tais deveres geralmente não são dotadas de alto grau de densidade normativa, exigindo, no mais das vezes, a intermediação do legislador (destinatário primordial, numa Teoria Liberal dos Direitos Fundamentais, das normas de conteúdo de direitos fundamentais)⁹³.

A classificação encerra com três categorias denominadas especiais: (e) o "dever de fidelidade à Constituição", ou seja, de agir de acordo com os valores e regime social-político posto pela Carta Magna, exemplificando DIMOULIS e MARTINS com a Constituição grega

92 DUQUE e PEDRA (2012, p. 19).

93 DIMOULIS e MARTINS (2014, p. 64).

de 1975, que conferia o dever patriótico de todos os gregos de se insurgir, com todos os meios, contra quem tentasse aboli-la, registrando não haver paralelo de norma desse teor no Brasil⁹⁴; (f) o "dever de cumprir as leis vigentes", algo sem muito sentido no Brasil, posto que aqui basta que se respeitem os requisitos de formalidade e materialidade legislativa para que tal exigência seja obrigatória; (g) os "deveres coletivos", sendo exemplo emblemático deles o serviço militar obrigatório (CF/88, art. 143), apesar do cumprimento ser individual, precisando haver maior densificação normativa, com complemento através do legislador infraconstitucional, quando em jogo direitos coletivos difusos como o direito à saúde, o direito à segurança pública, o direito à educação e etc.

Portanto, além da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, construção eminentemente liberal do constitucionalismo moderno, que dá ênfase à proteção dos chamados direitos individuais, os deveres fundamentais demonstram existir também uma dimensão objetiva, que vinculam o Estado a uma atuação sem que haja necessariamente, para o dever que ele é compelido a observar, um direito subjetivo subjacente⁹⁵.

Essa é uma construção fruto da evolução constitucional a que nos reportamos em capítulo anterior, quando da demonstração de que, a partir da 2ª Guerra Mundial, as constituições no mundo ocidental, e a visão de constitucionalismo, passaram a prever maior eficácia para os direitos fundamentais, dentre eles também os sociais, como o dever de uma investigação efetiva e uma persecução penal eficiente, sem desrespeito ao catálogo de direitos fundamentais individuais, tarefa por demais árdua quando em atuação o crime organizado.

4.4.7 Direitos fundamentais acompanhados de deveres do titular.

94 Idem, p. 64-5.

95 PEREIRA (2013, p. 76): "Está entre as mais relevantes elaborações nos Estados Sociais e Democráticos de Direito do pós-guerra a noção de que, para além de sua dimensão subjetiva, os direitos fundamentais constituem um sistema objetivo de valores que legitima a ordem jurídico-constitucional do Estado. Não se limitando à função de defesa do indivíduo frente a medidas interventivas do poder público, os direitos fundamentais constituem decisões valorativas básicas com repercussão em todo o ordenamento jurídico como diretrizes objetivas essenciais à atuação dos poderes estatais."

Alguns direitos fundamentais apresentariam como característica a contrapartida no cumprimento de um dever por parte do titular, de exercê-lo de forma "solidária"⁹⁶.

Esta a posição de DIMOULIS, exemplificando com o direito à propriedade, que deveria ser exercido juntamente com o dever de cumprir a função social a que alude a CF/88, art. 5º, XXIII.

Contrariando tal entendimento, considerado majoritário, MARTINS enxerga a função social da propriedade como um limite constitucional especial, que impõe ao legislador o dever de concretizá-lo, sendo uma reserva legal *sui generis*, sendo preferível, para o autor, essa via de interpretação dogmática do que deixar ao alvedrio do titular do direito de propriedade o exercício da função social de modo "solidário".

4.4.8 As garantias constitucionais.

Além dos direitos e deveres constitucionais, pode-se (e deve-se) abrir espaço para falar-se também sobre a categoria das chamadas "garantias constitucionais", sabendo-se, de antemão, com GALINDO⁹⁷, que, muitas vezes, um mesmo *status* (enquanto modelo de relação entre o cidadão e o Estado) envolve, simultaneamente, um direito e uma garantia.

BONAVIDES, por sua vez, reprime qualquer tipo de confusão que possa ser feita entre direitos e garantias, defendendo o professor cearense, com muito vigor, que a confusão afasta a precisão e a utilidade decorrentes da distinção, para ele necessária⁹⁸.

Na prática, contudo tal distinção é inoperante, posto que a ordem constitucional brasileira confere igual tratamento tanto aos direitos como às garantias fundamentais.

96 DIMOULIS e MARTINS (2014, p. 65-6).

97 GALINDO (2004, p. 50).

98 BONAVIDES (2010, p. 526).

As garantias constitucionais dividem-se em duas ordens: garantias fundamentais e garantias institucionais.

As garantias constitucionais de natureza fundamental são aquelas voltadas à proteção do indivíduo, assegurando-lhe a possibilidade de exigir do Estado o respeito ao direito fundamental instrumentalizado.

Já as garantias institucionais são as voltadas à proteção de determinadas instituições (direito público) ou institutos (direito privado), cujo núcleo essencial o constituinte decidiu fosse preservado, tal como ocorre com a família, instituição protegida por nossa CF/88 a partir do seu art. 226, e a autonomia universitária, com previsão no art. 207⁹⁹.

4.5 A NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO CONSTITUCIONAL AO SILÊNCIO: DIREITO OU GARANTIA FUNDAMENTAL?

Diante dos conceitos relacionados – direitos e garantias fundamentais – em que categoria poderia ser encaixado o direito constitucional ao silêncio?

O direito ao silêncio é norma jurídica encartada no art. 5º, LXIII, da CF/88: "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado".

Deitando raízes históricas em dispositivos com teor parecido, como a 5ª Emenda da Constituição Norte-Americana (conforme será visto em capítulo próprio, mais adiante), é de TUCCI¹⁰⁰ a lembrança da origem mais antiga do instituto, retornando vários séculos no tempo, para dizer do desenvolvimento do direito ao silêncio no *ius commune* e no processo penal canônico, em cujo regramento se encontrava o *nemo tenetur prodere seipsum, quia nemo tenetur detegere turpitudinem suam* (ninguém pode ser compelido a depor contra si

99 MENDES e BRANCO (2011, p. 192).

100 TUCCI (2011, p. 307-308).

próprio, porque ninguém é obrigado a autoincriminar-se, na tradução livre do autor, ou, simplesmente, como a expressão latina restou mais conhecida: *nemo tenetur se detegere*).

De redação simples, o direito ao silêncio é fruto de evolução do processo penal no seio constitucional, e, a contrário do que possa se extrair de sua leitura literal, não se restringe apenas ao indivíduo preso, mas a todo aquele acusado ou sob investigação estatal.

A norma constitucional, por sua importância, derogou em absoluto qualquer possibilidade de uso do silêncio dos acusados em geral contra eles próprios, demonstrando a eficácia do influxo das normas constitucionais em face das demais normas, como assevera CARAZAI¹⁰¹: "O Direito Processual, que disciplina o exercício de uma das funções fundamentais do Estado, além de ter seus pressupostos constitucionais, é fundamentalmente determinado pela Constituição, em muitos de seus aspectos e institutos característicos."

Daí por que o interrogatório, atualmente, não pode mais ser encarado como simples mecanismo de colheita de prova, mas, antes, e em função da Constituição, como possibilidade ao acusado de exercer seu direito de defesa (defesa técnica, por meio de advogado ou defensor público ou nomeado) ou de autodefesa, podendo esta ser praticada até mesmo por meio da "defesa pessoal negativa", que ocorre justamente quando o acusado opta por permanecer calado.

A alteração normativa promovida pela CF/88 decerto teria que haver provocado mudanças na orientação infraconstitucional, visto que o interrogatório deixou de ser um dever do acusado, passando a ser encarado como meio de defesa (não deixando, por óbvio, como até hoje continua assim sendo valorado, também como um meio de prova).

E desse modo veio a acontecer, com a alteração do Código de Processo Penal, art. 186.

Na redação anterior à alteração promovida pela Lei 10.792/2003 o silêncio do acusado poderia implicar em prejuízo à sua defesa, muito embora o juiz estivesse obrigado a lhe

101 CARAZAI (2014, p. 121).

advertir da possibilidade de ficar calado, em profunda incoerência com a Constituição.

Além disso, o interrogatório era considerado ato exclusivo da autoridade judiciária, não podendo sequer a defesa técnica do imputado realizar perguntas, algo que foi também modificado, tudo passando então a ficar em conformidade com os ditames constitucionais, que servem para assegurar não apenas o direito ao silêncio em si, como manifestação de autodefesa negativa, mas também, e principalmente, garantir a eficácia da presunção de inocência.

Esse modelo, a propósito, é similar ao proposto pela Teoria Garantista de FERRAJOLI, que apresenta uma série de regras que ele denomina de "lealdade processual", a fim de serem respeitadas durante o interrogatório dos acusados¹⁰²:

- a) proibição de tortura espiritual;
- b) direito ao silêncio, ou até mesmo de responder falsamente, ou mentir;
- c) proibição de obtenção da confissão com violência, ou mediante manipulação da psique, com drogas ou práticas hipnóticas, por respeito à pessoa do acusado e pela inviolabilidade de sua consciência;
- d) a negação do papel decisivo da confissão;
- e) o direito à assistência ao imputado e à presença de defensor.

TUCCI, ao se referir ao silêncio dos acusados em geral, apesar de mencionar como sendo um direito (instrumental à proteção ao silêncio do imputado e contra qualquer tentativa de gerar autoincriminação), denomina de garantia, em citação à doutrina de Vittorio Grevi, em face à característica da espontaneidade do mecanismo de autodeterminação individual de que se deve revestir o interrogatório criminal da pessoa¹⁰³.

O direito ao silêncio, como pode se ver, tem caráter dúplice: é, ao mesmo tempo, um direito fundamental de todo acusado e garantia decorrente do princípio da presunção de

102 FERRAJOLI (2010, p. 560).

103 TUCCI (2011, p. 308-309).

inocência, funcionando como limite ao Estado na produção de prova contra pessoas acusadas em geral, em face delas mesmas (*nemo tenetur se detegere*).

4.6 O CONTROLE DE CONSTITITUCIONALIDADE ATRAVÉS DA DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

No início do trabalho fizemos um breve passeio por algumas formas de se abordar a Constituição e o próprio fenômeno do constitucionalismo, inclusive a Teoria Liberal dos Direitos Fundamentais, estudada por MARTINS, com base na proposta de PIEROTH e SCHLINK.

Não há, como visto, possibilidade de dissociar o surgimento dos direitos fundamentais do próprio desenvolvimento do constitucionalismo.

A escolha pelo método da TLDF se dá por entendermos que, dogmaticamente falando, ela nos confere bases jurídicas mais firmes para o trabalho de exame da constitucionalidade das normas, notadamente quando a aplicação pelo Estado possa significar a intervenção em alguma espécie de direito ou garantia fundamental¹⁰⁴.

O uso da Teoria Liberal pressupõe algumas opções metodológicas, sendo a primeira delas a rígida separação entre objeto (intervenção) e parâmetro do controle de constitucionalidade (delimitação da área de proteção do direito fundamental potencialmente violado por uma medida estatal)¹⁰⁵.

Evidentemente que a Teoria Liberal não despreza nem exclui o reconhecimento de

104 Sobre a importância dos conceitos básicos instrumentais da Teoria dos Direitos Fundamentais, vide a exposição de DIMOULIS e MARTINS (2014, p. 132): "Eles servem como instrumentos para que o jurista possa chegar à resposta correta, sob o ponto de vista jurídico-dogmático, da questão sobre se uma ação ou omissão atribuída direta ou indiretamente ao Estado violou uma norma definidora de direito fundamental. São instrumentos porque pautam o exame de constitucionalidade específico e a argumentação a ele inerente, facilitando a tarefa de identificar com a maior precisão possível a extensão da violação de quais normas constitucionais."

105 MARTINS (2012, p. 31).

direitos fundamentais de natureza social, surgidos na passagem do Estado Liberal, de intervenção mínima na liberdade do particular, para o Estado Social, cuja linha dogmática é voltada primeiro para se garantir as condições de exercício de tal liberdade; todavia, a ênfase de uma teoria liberal dos direitos fundamentais é justamente a de reconhecer, na atuação estatal, limites jurídico-objetivos impeditivos do uso arbitrários das funções legislativas, administrativas e jurisdicionais¹⁰⁶.

Retornaremos aqui a alguns conceitos trabalhados com brevidade anteriormente.

O primeiro conceito a ser trabalhado é o de "área de regulamentação".

4.6.1 Área de regulamentação.

A área de regulamentação, ou área de proteção e garantia¹⁰⁷, ou, ainda âmbito de regulação do direito fundamental designa, basicamente, o tema tratado pela Constituição no âmbito da vida, não devendo ser confundida a área de regulamentação com a regulamentação infraconstitucional (exemplo: regulamentação do uso de energia elétrica).

Cada direito fundamental tem por missão regulamentar uma dada situação real, das nossas vidas.

Na esfera penal e do processo penal, são diversos os dispositivos que podem ser utilizados como exemplos.

O constituinte brasileiro, no art. 5º, XI, tratou da inviolabilidade dos domicílios como regra, sendo essa a área de regulamentação: a proteção à intimidade do lar, que só pode ser excepcionada nos limites postos pela própria Constituição ("a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação

106 PIEROTH e SCHLINK (2012, p. 67-68).

107 PIEROTH e SCHLINK (2012, p. 115-116).

judicial").

Já no inciso XXXIX, tratou o constituinte de regulamentar o princípio da legalidade e anterioridade da lei penal, ao dispor que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".

Instituiu, para evitar procedimentos que, no seio da burocracia estatal, pudessem causar lesão ao indivíduo por desrespeito às regras do jogo, o devido processo legal (inciso LIV: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"), regulamentando e garantindo, através do contraditório e da ampla defesa, a possibilidade do indivíduo defender-se e ser ouvido em processos ou de acusações (LV: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes").

Para se definir se determinado fato está ou não abrangido pela área de regulamentação de um direito fundamental, é preciso extrair um "conceito central", declarado ou subentendido pelo teor dessa norma de direito fundamental a ser empregada como parâmetro ao escrutínio de constitucionalidade¹⁰⁸.

A extensão da área de regulamentação nunca será inferior ao de área de proteção do direito fundamental, exemplificando PIEROTH e SCHLINK com o caso da norma que regulamenta o direito de reunião: a área de regulamentação é o direito de reunião, no entanto não estarão abrangidas na área de proteção as reuniões de pessoas armadas e com propósitos não-pacíficos¹⁰⁹.

4.6.2. Área de proteção (parâmetro do exame de constitucionalidade).

A área de proteção ou âmbito de proteção da norma de direito fundamental restringe o

108 DIMOULIS e MARTINS (2014, p. 134).

109 PIEROTH e SCHLINK (2012, p. 116).

tema da vida abordado pela Constituição na área de regulamentação para excluir determinadas situações.

Pode ser que ocorra uma coincidência entre área de regulamentação e área de proteção, porém, não necessariamente, sendo que esta (a área de proteção) nunca será, como vimos, mais abrangente que a outra (a área de regulamentação), tal como ocorre com o direito à livre manifestação de pensamento, em que o constituinte, em seu art. 5º, IV, excluiu da área de proteção o anonimato ("sendo vedado").

Segundo DIMOULIS e MARTINS,

A área de proteção será menor que a área de regulamentação toda vez que o constituinte retirou daquele recorte da realidade social no qual incide a norma (área de regulamentação) um comportamento ou situação não contemplados pela norma.¹¹⁰

Numa outra hipótese, como na extradição, por exemplo, a CF/88, art. 5º, LI, excluiu expressamente de sua área de proteção o brasileiro naturalizado, quando praticado crime comum antes da naturalização, ou se comprovado seu envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes.

Isto é, dentro da área de regulamentação (direito à não-extradição do brasileiro naturalizado), é feito um recorte pelo próprio constituinte, delimitando a área de proteção para excluir situações da vida não protegidas pelo direito fundamental.

A área de proteção pode ser objetiva (comportamentos ou situações) e subjetiva (referente ao titular do direito).

A precisa identificação da área de proteção do direito fundamental é, portanto, o primeiro filtro a ser utilizado para se reconhecer se o titular desse direito está ou não protegido numa dada situação.

4.6.3. Constatação da intervenção estatal na liberdade (objeto do exame de

110 DIMOULIS e MARTINS (2014, p. 135).

constitucionalidade).

Reconhecidas as áreas de regulamentação e proteção, faz-se necessária uma reconstrução de como seria a intervenção estatal no efetivo exercício de algum direito fundamental do indivíduo, ou seja, é preciso a constatação de como se daria a invasão (assim considerada aquela de caráter normativo, praticada por ação ou omissão do Estado) a determinada área de proteção de um direito fundamental, que, por sua vez, ativaria mecanismos de resistência a essa invasão¹¹¹.

Será intervenção na área de proteção de um direito fundamental, a ação ou omissão do Estado que impossibilite, total ou parcialmente, o comportamento equivalente a um direito fundamental, ou que relacione a seu exercício uma consequência jurídica negativa através de uma proibição sancionada¹¹².

Segundo MARTINS, em três casos uma intervenção será permitida ou constitucionalmente justificada, a saber:

- 1) quando a intervenção estatal não se encontra inserida na área de proteção do respectivo direito fundamental;
- 2) quando uma norma infraconstitucional efetivar restrição a direito fundamental de modo a princípio permitido pela Constituição;
- 3) quando dois direitos fundamentais ou um direito fundamental do indivíduo e um princípio de interesse geral conflitarem.

4.6.4 justificação constitucional (dogmática dos limites constitucionais).

É do Estado o ônus argumentativo de justificar a intervenção em direito fundamental,

111 MARTINS (2012, p. 131-132).

112 *Idem*, p. 132.

partindo-se de uma análise jurídico-dogmática da proporcionalidade em sentido amplo.

O processo de justificação compreende duas etapas: a primeira, formal, onde se reconhece a incidência de algum limite constitucional concretizado pelo legislador infraconstitucional, e a segunda, material, "na qual se limita o efeito limitador da medida concretizadora do limite."¹¹³

Nesse processo de justificação é importante atentar para a chamada "reserva legal", que são disposições constitucionais que permitem ao legislador ordinário colocar limitações que restringem a área de proteção do direito fundamental, e se caracterizam, no texto normativo, por expressões do tipo "na forma da lei", ou "nos termos da lei".

Registre-se que existe um dissenso doutrinário a respeito da possibilidade ou não de limitação infraconstitucional de norma constitucional que encerra direito fundamental, mesmo não havendo reserva legal expressamente prevista na Constituição, podendo haver limitações dos direitos sem reserva apenas quando estiverem em colisão, e mesmo assim por decisão judicial, de modo que, a princípio, todo cidadão é livre para exercitar algum direito fundamental disposto sem reserva legal (que deve ser compreendida não como uma autorização para a edição de qualquer ato normativo, mas apenas lei, no sentido formal, oriunda de um Parlamento)¹¹⁴.

Além disso, é preciso também observar que existem "limites dos limites", ou seja, o legislador infraconstitucional, mesmo autorizado, não poderá limitar o direito fundamental de modo que ele se torne ineficaz, o que poderia caracterizar uma revogação constitucional por meio de norma infraconstitucional.

Existem, portanto, limites dos limites, formais, isto é, contidos na própria Constituição, e existem limites dos limites (ou limites às intervenções estatais em direitos fundamentais) oriundos do chamado "critério da proporcionalidade", criação do Tribunal

113 *Ibidem*, p. 136.

114 MARTINS (2012, p. 137-138).

Constitucional Federal alemão¹¹⁵.

4.6.5. Critério da proporcionalidade.

- a) Licidade do propósito/legitimidade do meio utilizado.

Na dogmática dos direitos fundamentais, no exercício de um ato de intervenção estatal a um direito fundamental, é preciso se buscar verificar, primeiro, se há "legalidade" ou "legitimidade" no propósito perseguido para dar consecução à intervenção (relação meio-fim da intervenção).

O sentido de legalidade ou de legitimidade, aqui, nada tem a ver com o que o senso comum poderá indicar. Legalidade não é empregada como sinônimo de conformidade a um texto de lei infraconstitucional, não havendo sentido algum em se pensar assim, pois o exame é de constitucionalidade de um ato legislativo, ou administrativo. A legitimidade, por seu turno, não é aquela oriunda de um sentimento popular de aceitação da medida, longe disso. O sentido de legalidade pretendido aqui é o de licitude constitucional, isto é, se a relação "fim-meio" está em conformidade com o ordenamento constitucional em vigor¹¹⁶.

Não se trata de tarefa fácil, pois nem sempre o propósito declarado será o real, sendo necessário recorrer-se a técnicas de desvelamento da vontade do legislador, da tradicional Hermenêutica.

Faz-se também necessário avaliar se o meio empregado é legítimo, como a exemplo de alguma autoridade policial que, a pretexto de descobrir a autoria de determinado delito (o que é um fim que goza de legalidade), utiliza-se de meios absolutamente ilegítimos, como o uso de tortura física ou psicológica.

115 PIEROTH e SCHLINK (2012, p. 137-138).

116 DIMOULIS e MARTINS (2014, p. 197).

Essa é a primeira fase do exame de proporcionalidade, devendo o examinador realizar uma dupla tarefa: de interpretar o real propósito do representante estatal na intervenção praticada em direito fundamental, e averiguar se tal propósito é lícito (constitucionalmente válido).

b) Adequação do meio utilizado.

A segunda etapa consiste na avaliação da adequação do meio empregado para atingir o propósito da intervenção.

Para aferir se um meio é adequado não se faz necessário que se imagine que ele garanta o alcance do propósito, mas que, através de um prognóstico que não seja aleatório nem discricionário, não podendo ser confundido com um mero exame de razoabilidade.

Deve ser verificado se o meio adequado é aquele que hipoteticamente conduza ao atingimento do fim, e as hipóteses devem ser construídas sobre a realidade, comprovadas com a experiência empírica.¹¹⁷

Não se exige que o meio conduza ao fim pretendido plenamente, mas que, ao menos, facilite o objetivo.¹¹⁸

c) Necessidade do meio utilizado.

A tarefa aqui, sendo a última, é avaliar se não existiria outro meio possível de se atingir a intervenção pelo Estado, sem maiores dispêndios, com menor gravidade para o titular do direito fundamental atingido, e que seja adequado, considerando as hipóteses que possam conduzir até a finalidade almejada.

117 *Idem*, p. 143-144.

118 PIEROTH e SCHLINK (2012, p. 139).

d) Proporcionalidade em sentido estrito.

O uso do critério (ou máxima) da proporcionalidade é algo comum às teorias dogmáticas acerca dos direitos fundamentais, com sede na Alemanha, e, em seu sentido estrito, tem aplicação, segundo a tese sustentada por ALEXY¹¹⁹, quando em conflito dois princípios contidos em normas de direito fundamental, sendo então necessário um sopesamento, "para definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto", ou seja, levando em consideração também os fatos (técnica da proporcionalidade em sentido estrito ou metáfora da balança).

É a chamada "lei de colisão", que não trata de excluir um princípio de mesma densidade normativa em face de outro de mesma densidade, tornando um deles inválido (tal como, segundo ALEXY, ocorreria com as regras), mas apenas declarar, que naquela situação concreta, realizado o exercício de ponderação, determinado princípio deve prevalecer em face do outro, de modo que ambos conflituam apenas na dimensão do peso.

A crítica tecida à "teoria principiológica dos direitos fundamentais" volta-se contra a inexistência de uma "medida objetiva", nas palavras de MARTINS, "cientificamente comprovada para a ponderação", trazendo riscos para a separação dos poderes (ou funções), ao passo que carregaria demais no subjetivismo ("sistema axiológico-valorativo encontrado na mente de cada juiz"), tarefa essa que seria atribuível apenas ao legislador, somente ele poderia ponderar entre bens jurídicos ou direitos colidentes, considerando sua legitimação democrática e constitucional¹²⁰.

Segundo também PIEROTH e SCHLINK, "o controle de proporcionalidade em sentido estrito corre sempre o perigo de fazer valer os juízos subjetivos e os pré-juízos

119 ALEXY (2008, p. 90 e ss.).

120 MARTINS (2012, p. 148-149).

daquele que controla, apesar de todos os esforços de racionalidade"¹²¹, sendo que, quando surgem os critérios subjetivos para decisão, é deixada a hora de agir um juiz ou tribunal, devendo atuar o legislador.

A nosso sentir, o uso do critério da necessidade de modo correto faz desaparecer a utilidade da ponderação proposta no exame da proporcionalidade em sentido estrito (tese afeta à teoria desenvolvida por ALEXY), fazendo diminuir os riscos de subjetivismo e substituição da vontade do legislador pela vontade do juiz, além de, metodologicamente falando, ao ser introduzido o "ônus argumentativo", ficar mais fácil realizar-se operação de falseamento, algo que se torna quase impossível, senão impossível, de ser realizado dentro de um ambiente de argumentação baseado no subjetivismo da ponderação.

121 PIEROTH e SCHLINK (2012, p. 142).

5 O CRIME ORGANIZADO E A NECESSIDADE DA CRIAÇÃO DE TÉCNICAS ESPECÍFICAS DE INVESTIGAÇÃO E PERSECUÇÃO JUDICIAL CRIMINAL.

5.1 MÁFIAS E ECONOMIA: UMA RELAÇÃO SIMBIÓTICA.

A história do crime organizado confunde-se com a própria história de surgimento e desenvolvimento dos grupos mafiosos, sendo as mais conhecidas espécies de máfias a italiana (*Cosa Nostra*, siciliana; *Camorra*, napolitana, v.g.), a *Yakuza* japonesa, as Triades chinesas, os *Yardies* (máfia jamaicana com atuação na Grã-Bretanha) e máfia russa (Fraternidade *vory-v-zakone*¹²²), para citarmos apenas algumas, sendo que esse fenômeno é mundial, existindo, em maior ou menor escala, em praticamente todos os países.

Não escapam, segundo NUNES e SILVA, sequer países com alto grau de desenvolvimento humano, como o Canadá ou a Austrália, este último com vários empreendimentos imobiliários sendo adquiridos pela máfia japonesa com a finalidade de lavar dinheiro sujo, ou a Holanda, onde 98 gangues foram identificadas realizando atividade de lavagem¹²³.

As máfias lidam com objetos que são ilícitos ou rigidamente controlados pelo Estado, como o tráfico de substâncias entorpecentes, armas, pessoas e animais, a jogatina, a prostituição, e até mesmo o comércio ilegal de produtos ou serviços considerados lícitos, como a segurança privada, o serviço de TV por assinatura e o comércio de botijões de gás de cozinha (tal como ocorre em algumas periferias do Brasil, através de grupos formados por

122 "Ladrões fora-da-lei" seria a tradução para a expressão, segundo MENDRONI (2015, p. 494), e essa fraternidade tem origem em criminosos surgidos dos campos de prisões voltados para trabalhos forçados da União Soviética, no final dos anos 20. Eram hierarquizados, com vários núcleos (kodlos) unidos por laços fraternais, e todos os pretensos membros passavam por testes e rituais de ingresso, sendo o grupo regido por rigoroso código de conduta, com previsão de pena de morte em caso de desvio. Atualmente é possível "comprar" o título de membro, constando, segundo o autor, no jornal Kommersant-Daily, no ano de 1995, uma oferta de título por US\$ 150 mil.

123 SILVA e NUNES (2011, p. 273).

traficantes de drogas e milícias – espécies de grupos armados formados por policiais fora de serviço ou ex-policiais).

A máfia mais antiga, porém sem utilizar essa denominação específica, é a formada pelas Tríades chinesas, com origem no ano de 1644, na forma de movimento popular visando a expulsão de invasores do império Ming. Ainda no ano de 1842, após a declaração de Hong Kong como parte do império britânico, esses grupos migraram para o território inglês, e em seguida para Taiwan, onde prosperaram e passaram a incentivar os camponeses a cultivar papoula e explorar o ópio e em seguida a heroína¹²⁴ (subproduto do ópio, derivado da morfina).

Outro ramo mafioso importante no cenário internacional é a Yakuza, que grava suas origens ainda nos tempos do Japão feudal e imperialista, desenvolvendo suas atividades em todos os ramos possíveis da economia, seja ilícita ou ilícita, chegando até mesmo a desenvolver curiosa técnica de chantagem através dos *sokaya* (chantagistas profissionais), por meio da qual, após adquirirem cotas de ações em empresas, passavam a exigir lucros exorbitantes, sob pena de revelarem segredos importantes ao concorrentes¹²⁵.

A palavra "máfia", hoje sinônimo de crime organizado, segundo anota SILVA¹²⁶, tem origem provável na região meridional da Sicília, por volta do final do século XVI, significando "bravura" e "coragem", assim como "autoconfiança" e "arrogância", sendo que, um pouco mais adiante, já no século XIX, os "homens de honra", contratados pelos senhores feudais para defenderem a ilha do reino de Nápoles, criaram sociedades secretas que foram denominadas de "máfia".

É importante perceber que os movimentos mafiosos acompanham a economia e as proibições determinadas pelo Estado, existindo uma clara relação entre consumo, proibição ou

124 SILVA (2014, p. 4).

125 *Idem*, p. 4.

126 *Ibidem*, p. 3, nota de rodapé nº 2, citando trabalho de Jean Zigler, intitulado "Os senhores do crime: as novas máfias contra a democracia", editora Terramar, 1999.

estreita regulação e aumento da atividade econômica mafiosa, cujo objetivo é o lucro a partir da exploração de determinada atividade ou produto considerado ilícito e, portanto, cuja relação entre oferta e procura faz crescer a demanda e o preço, de modo que, em sociedades onde o consumo de determinado bem ou serviço passa a ser proibido, há um natural incremento da atividade mafiosa, que busca com o comércio ilegal seu meio de sobrevivência¹²⁷.

Exemplo claro disso foi o período da chamada "Lei Seca" nos EUA dos anos 20, em que o comércio de álcool passou a ser considerado ilegal, explodindo a demanda por esse produto, que passou a ser objeto de exploração por grupos criminosos, duramente repreendidos pelo aparato estatal, situação essa muito bem retratada na série de TV "Boardwalking Empire".

A violência decorrente da proibição do consumo de álcool em solo norte-americano somente veio a cessar com o fim da proibição, que gerou o desmantelamento econômico dos grupos que atuavam na máfia da bebida e que decerto migraram para outros ramos que se apresentassem economicamente mais viáveis.

Até hoje, no Brasil, existe toda uma rede de jogatina à margem do Estado, funcionando em forma de caça-níqueis, casas de apostas ilegais, bingos, jogo do bicho, etc., em função da existência de uma proibição legal para o desenvolvimento dessas atividades através de exploração por particulares (o Estado pode estimular o jogo através das loterias por

127 Para NUNES e SILVA (2009, p. 27), há uma dificuldade enorme de se identificar o que seja crime e não-crime na atividade mafiosa atualmente, mormente em função da perda de parâmetros gerada pelo fenômeno da globalização, em que a lavagem de dinheiro maquiada de atividade de investimento não faz com que facilmente percebamos a diferença entre um capitalista investidor e um mafioso utilizando-se de dinheiro com origem ilícita, geralmente oriundo do tráfico, da extorsão e da corrupção. Fala-se até mesmo em "globalização inversa", no sentido de que o crime organizado lida com rotas paralelas ao tráfego de bens lícitos, fenômeno esse que seria até mesmo precedente à globalização em si: "O fenômeno da criminalidade organizada é, na referência de Algo Musci, uma forma de 'Globalização Inversa', precedente, inclusive, à globalização das relações sociais e econômicas, das comunicações, do transporte etc., formando um fluxo perigoso e pernicioso de criminalidade das mais devastadoras formas, incluindo um fluxo de tráfico ilícito de drogas, de armas, de seres humanos, de tabaco, de lixo tóxico, de mercadorias, de dinheiro de origem criminoso etc., que viajam em rotas paralelas às lícitas a partir de complexas estruturas criminosas em nível mundial, muitas vezes com parceria e/ou para atender atividades terroristas." (MENDRONI, 2015, p. 8).

ele mesmo fomentadas).

O jogo do bicho, por exemplo, é citado como a fonte da primeira forma de organização criminosa mafiosa do Brasil. A origem do jogo é atribuída ao Barão de Drummond (João Batista Viana Drummond), criador do primeiro zoológico do Rio de Janeiro, em 1888, na Vila Isabel, que precisou criar um modo de financiar o custeio dos animais com o advento da proclamação da República, em 1889¹²⁸. Um animal de pequeno porte era colocado numa gaiola encoberta por um manto e as pessoas precisavam apostar para saber que bicho estaria ali. Criado pelo Barão de Drummond em 1892, o jogo caiu na graça popular e evoluiu.

A partir de 1941, com a vigência da Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei 3.688), de Getúlio Vargas, passou o Estado a considerar delituosa a atividade, o que, curiosamente, só fez com que o negócio alcançasse, por meio das máfias, proporções gigantescas, tendo o dinheiro do bicho patrocinado de clubes de futebol a escolas de samba, passando pela cooptação de autoridades dos mais diversos ramos e graus.

Como existe uma alta demanda popular para esse tipo de atividade, grupos organizados tomaram conta do espaço deixado pelo Estado e atuam livremente há anos, sendo comum, fato público e notório, caminharmos pelas ruas das cidades brasileiras e observar a exploração do jogo sendo feita naturalmente, sem despudor nem repreensão social, e, isso é possível, mediante a remuneração não-oficial de agentes públicos para que não atrapalhem o desenvolvimento da atividade econômica ilícita.

Foi citado aqui, a título meramente exemplificativo, no caso do Brasil, uma das atividades econômicas ilícitas exploradas por uma espécie de organização criminosa (do jogo do bicho), no entanto, na atual quadra, temos várias espécies de máfias atuando, como o Primeiro Comando da Capital (PCC), de São Paulo, o Comando Vermelho (CV), do Rio de Janeiro, o Sindicato Irmãos do RN, do Rio Grande do Norte, estes criados por presidiários e

128 MATOS (2012, p. 2).

criminosos que passaram ou ainda estão em unidades prisionais estatais, e que se dedicam ao tráfico de drogas, de armas e a assaltos a bancos ou furtos mediante arrombamento a caixas eletrônicos.

Além desses, há também os grupos criminosos formados por "colarinhos brancos", isto é, envolvendo agentes públicos e voltados para o desvio em larga escala de dinheiro do erário, através de contratos fraudulentos, com fraudes à lei de licitações e corrupção.

A corrupção, o peculato e a lavagem de dinheiro, a propósito, parece ser o maior problema criminal em curso no Brasil, por envolver o desvio de bilhões de reais dos cofres públicos, surrupiando da população o direito ao investimento do que foi recolhido a título de tributos em áreas essenciais, como a educação, a saúde e a segurança pública.

Exemplo disso são os números apresentados pela "Operação Lava Jato", que tem esse nome porque iniciada para investigar o uso de uma rede de postos de combustíveis e lava jato de automóveis na movimentação de recursos ilícitos de uma das organizações criminosas que compunham o alvo inicial do processo¹²⁹.

Até dezembro de 2015, na 1ª instância da Justiça Federal, foram 1.016 procedimentos instaurados, 119 mandados de prisão cumpridos, 88 pedidos de cooperação internacional, 40 acordos de colaboração premiada firmados, 36 acusações contra 179 pessoas por corrupção, crimes contra o sistema financeiro nacional, tráfico transacional de drogas, formação de organização criminosa, lavagem de ativos, etc., além de pedido de ressarcimento ao erário de 14,5 bilhões, sendo até aquele instante condenados 80 acusados, num total de 783 anos e 2 meses de pena.

As organizações criminosas, por serem dotadas de graus de hierarquização, padrão de desenvolvimento de suas atividades bem elaborado (a fim de dar conta do mercado), e por suas práticas voltadas ao encobertamento dos crimes nos quais se envolve (não apenas aos

129 Todas as informações sobre história e números da operação constam de site oficial criado pelo Ministério Público Federal: <http://lavajato.mpf.mp.br/lavajato/index.html> <Acesso em 18 dez. 2015>.

relacionados a seus "ramos" de negócios, mas também aos que acabam sendo decorrentes, como homicídios, extorsões, lesões corporais, seqüestros, etc.), precisam, para serem dissecadas, compreendidas e combatidas, de instrumentos jurídicos de investigação criminal e persecução próprios e adequados.

É o que será visto no tópico seguinte.

5.2 TÉCNICAS ESPECIAIS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E PERSECUÇÃO JUDICIAL PARA O CRIME ORGANIZADO.

As máfias, ou crime organizado, utilizam-se de poderio econômico, estrutura, corrupção de servidores e agentes públicos e alto poder de intimidação em sua forma de agir, o que dificulta sobremaneira o recurso a técnicas de investigação clássicas, como, por exemplo, o uso de testemunhas, sem o anteparo de leis e aparato estatal que as protejam¹³⁰.

As técnicas especiais de obtenção de provas vêm no contexto da chamada "emergência investigativa", que está relacionada ao problema investigativo do crime organizado, e vem a ser a "situação de impasse ou bloqueio na apuração persecutória de determinados delitos e de seus autores."¹³¹

Trata-se de uma zona cinzenta que surge durante uma investigação envolvendo determinada organização criminosa, e que impede que os órgãos policiais e investigativos sigam adiante, em função de barreiras decorrentes da insuficiência dos métodos tradicionais de coleta de provas.

O Brasil é signatário de tratados internacionais voltados ao combate ao crime

130 No Estado do Rio Grande do Norte, o PROVITA – Programa Estadual de Proteção a Vítimas e Testemunhas foi criado a partir do Decreto nº 21.459, de 16 de novembro de 2009 (publicação no Diário Oficial do Estado de 18/12/2009), sendo, portanto, muitíssimo recente, e carecedor, certamente, de análise qualitativa e quantitativa, de ajustes e observações, enfim, de que forma, e se da forma como está posto o programa hoje no Rio Grande do Norte, vem alcançando os objetivos de dar apoio à persecução processual penal e preservando os direitos das vítimas e testemunhas atendidas.

131 PEREIRA (2013, p. 69).

organizado (a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção – Convenção de Mérida, ratificada internamente pelo Decreto nº 5.687/2006 e a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional – Convenção de Palermo, promulgada pelo Decreto nº 5.015/2004, são exemplos), e, neles, obrigou-se a criar mecanismos de obtenção de provas nesses tipos de crime, como o é o caso da Lei 12.850/2013.

A Lei 12.850/2013, que definiu o que seria uma organização criminosa no direito brasileiro¹³², dispôs também sobre a investigação criminal e elencou, em seu art. 3º, os meios de obtenção de provas de que tratou de regular: I - colaboração premiada; II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; III - ação controlada; IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11; VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

Evidentemente que os mecanismos criados não servem para a criminalidade ordinária, mas apenas para crimes cometidos por organizações mais complexas, e para delitos mais graves, conforme fixado na própria lei, sob pena de subversão da lógica do sistema, quando mais se considerarmos que as práticas previstas importam em incisão contundente do Estado em direitos fundamentais, devendo, portanto, serem aplicadas com parcimônia, e não para

132 Não confundir a definição constante do art. 1º da Lei 12.850/2013 (organização criminosa) com o tipo do art. 288 do Código Penal (associação criminosa). O art. 288 do CP prevê como conduta ilícita apenas a associação de 3 ou mais pessoas, com a finalidade específica de cometer crimes. Já o art. 1º, § 1º, da Lei 12.850/2013 descreve com mais riquezas de detalhes, e diferencia desde a quantidade mínima de integrantes (em quatro), a organização criminosa: "Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional."

qualquer tipo de criminalidade, até porque, se fôssemos aplicar a colaboração premiada, por exemplo, para simples casos de roubos e/ou furtos, teríamos uma sobrecarga de trabalho tremenda, algo não desejável¹³³.

O primeiro dos meios de obtenção de prova enumerados pelo legislador foi exatamente o da colaboração premiada, o qual será abordado mais adiante.

5.2.1 Escuta ambiental.

O segundo meio enumerado foi o da captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, a chamada "escuta ambiental", mas que pode ser referente também à gravação de imagens, algo inclusive hoje bem comum, graças à massificação das câmeras de vigilância em áreas públicas ou comerciais, e que vêm auxiliando, e muito, na identificação de assaltantes, por exemplo, pois muitas dessas câmeras vêm com recurso de gravação em alta definição de imagens, ficando muito difícil alguém, diante da tecnologia empregada, negar a autoria, tal como acontecia outrora.

É preciso se compreender que há uma distinção entre a *gravação clandestina ambiental* feita por um dos interlocutores, sem necessidade de decisão judicial, e a *escuta ou captação ambiental*, esta prevista pela lei, mas que depende de decisão judicial, sendo feita a gravação por terceiros alheios ao diálogo.

O STF, no Recurso Extraordinário (RE) nº 583.937¹³⁴, do Rio de Janeiro, com cláusula

133 Nesse sentido, PEREIRA (2013, p. 73): "Também há uma faixa de criminalidade de menor intensidade lesiva que deve ser tolerada [...] Há inclusive relevantes posicionamentos doutrinários afirmando que uma ampla eficácia repressiva, direcionando-se a pôr fim à chamada cifra negra, a par tratar-se de objetivo inatingível, acabaria por provocar a absoluta paralisia do sistema penal ante a óbvia e invencível carga de trabalho que daí redundaria ao sistema repressivo judiciário."

134 EMENTA: AÇÃO PENAL. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. (RE 583937 QO-RG, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 19/11/2009, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-10 PP-01741 RTJ VOL-00220- PP-00589 RJSP v. 58, n. 393, 2010, p. 181-194).

de repercussão geral (cuja decisão vincula os demais órgãos judiciais do país), decidiu pela constitucionalidade da chamada gravação ambiental feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, pois tal conduta, segundo o STF, não estaria na área de proteção do art. 5º, XII, da CF/88 ("é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal").

O recorrente, defendido pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, foi acusado, e condenado, por crime de desacato em face do Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de São Gonçalo/RJ.

No curso da instrução, teve indeferida prova por ela pretendida para degravação de conversa por ele mesmo gravada no ambiente da audiência, não admitindo o Tribunal de Justiça local, em sede de apelação, o argumento de que a prova seria válida, porque produzida unilateralmente. Tal argumento foi rechaçado pelo STF, que deu provimento ao RE para anular a condenação.

Logo, atualmente o STF considera lícita a prova obtida por gravação ambiental feita por um dos interlocutores.

Com relação à captação ou escuta ambiental feita por terceiros estranhos ao diálogo, é curioso que a lei tenha previsto sua possibilidade, porém, diversamente do que aconteceu com os demais meios de prova por ela própria elencados, não tenha feito a devida regulamentação, deixando o instituto numa penumbra legislativa, o que é ruim tanto para investigadores, como para investigados, lembrando que a captação já era prevista na lei revogada, mas, de igual modo, também não regulamentada (Lei 9.034/1995, art. 2º, IV, com redação conferida pela Lei 10.217/2001), havendo na doutrina¹³⁵ quem sugira a aplicação, por analogia, da

135 SILVA (2014, p. 110); MENDRONI (2015, p. 210).

regulamentação existente com relação à interceptação das conversações telefônicas (Lei 9.296/1996).

5.2.2 Ação controlada e agente infiltrado.

Outro meio previsto é a chamada "ação controlada", que veio a ser regulamentado pela Lei 12.850/2013, que "Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações" (art. 8º).

A ação controlada, na prática, quase sempre é conjugada com o uso de agentes infiltrados e outros meios de obtenção de provas¹³⁶.

Para a infiltração de agentes é necessária representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público ao juiz, no curso do inquérito policial, que analisará e decidirá pela autorização ou não da medida e seus limites, conforme disciplinado no art. 10 da Lei 12.850/2013.

Segundo o art. 11, o pedido deverá conter "...a demonstração da necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração."

É preciso também, para que seja admitida a infiltração, que existam indícios de

136 Tanto a ação controlada, como a infiltração de agentes, eram meios de prova previstos já na Lei 11.343/2006 (Lei Antidrogas): Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios: I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes; II - a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível. Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, a autorização será concedida desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores.

infração penal praticada por organização criminosa transnacional ou terrorista, conforme disposto no art. 10, § 1º, da Lei dos Crime Organizado, e apenas em caráter subsidiário, isto é, se a prova não puder ser produzida por outros meios, ou então se cuide de crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

O agente infiltrado, nos termos do art. 13 da referida lei, goza de imunidade criminal, desde que o crime que ele venha a praticar seja enquadrado como uma uma conduta que ele não tenha como ter deixado de adotar (inexigibilidade de conduta diversa), tais como o transporte de drogas, a falsa identidade ou o uso de documentos falsos, devendo evitar a prática de delitos graves como lesões corporais ou homicídios.

Por estes dispositivos, torna-se possível à autoridade investigadora retardar a ação (prisão ou deflagração de atos concretos de intervenção em alguma liberdade dos membros da organização criminosa) para que resulte em ato o mais eficaz possível na obtenção de provas e informações, tal como normalmente acontece quando, v.g., policiais permanecem de campana, monitorando eventualmente por interceptação telefônica e/ou escuta ambiental, no aguardo para efetivar o chamado "flagrante esperado"¹³⁷.

No STF o flagrante esperado, com uso de técnicas especiais de investigação como a escuta ambiental, a interceptação telefônica, a infiltração de agentes na organização criminosa e o controle da ação vêm sendo admitidas, tal como registrado, por exemplo, nos autos do *Habeas Corpus* (HC) 102.819/DF¹³⁸.

137 NUCCI (2012, p. 636-637), faz distinção de conceitos entre o flagrante esperado e o retardado. Conceitua o segundo nos mesmos termos empregados neste trabalho. Já por flagrante esperado denomina a ação policial mais rudimentar, em que a autoridade policial apenas recebe a notícia de que ocorrerá um crime, em tais e quais maneiras, deslocando-se até o local noticiado a fim de esperar a ocorrência do delito. Não vemos, ontologicamente, qualquer distinção, de modo que decidimos por manter a nomenclatura de flagrante esperado como sendo comum também à ação policial que decide controlar a ação. A hipótese que não pode ser confundida em absoluto é com a do flagrante forjado. Esta espécie deve ser repelida prontamente por qualquer operador jurídico sério e trata-se, nas palavras de NUCCI, de um "arremedo de flagrante", e ocorre quando um agente instiga ou provoca alguém a praticar um determinado crime, para então prendê-lo. Esse tipo de flagrante foi totalmente rechaçado por nosso ordenamento jurídico, inclusive no STF, por meio da Súmula 145: "Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação." (j. 13/12/1963).

138 AÇÃO CONTROLADA – AMBIVALÊNCIA – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. A denominada ação controlada surge ambivalente, não devendo ser glosada em se tratando do dia a dia da Administração Pública, em que os desvios de conduta são escamoteados. INQUÉRITO – PUBLICIDADE. Norteia a Administração Pública

O paciente do HC mencionado foi a pessoa de Pedro Marcos Dias, e a autoridade impetrada o Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) relator do Inquérito Policial (IP) nº 650/DF, que teria autorizado a ação controlada para realização de flagrante, em operação conjunta do Ministério Público Federal (MPF) e Polícia Federal (PF), tendo o STF não apenas negado a ordem de HC requerida, como também afirmado não haver ilicitude na figura da ação controlada realizada para concretizar o flagrante esperado (Ministro Marco Aurélio Mello, relator), sendo reconhecido pelo Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto, que os novos meios de prova disponibilizados são consentâneos com a evolução da criminalidade moderna.

5.2.3 Interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas.

A interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas não constitui nenhuma novidade e vem sendo francamente utilizada para combater o crime organizado e outros tipos de crimes, sendo regulamentada pela Lei 9.296/1996.

A inviolabilidade das comunicações telefônicas e de dados é direito fundamental contido no art. 5º, XII, da CF/88, ressalvada a hipótese de decisão judicial, mas desde que se obedeça aos limites da lei antes mencionada, e apenas se houver utilidade para a investigação criminal ou instrução processual penal.

A interceptação telefônica, ou simplesmente escuta telefônica, pressupõe a interferência de terceiros na comunicação alheia, com invasão à intimidade e privacidade dos interlocutores, daí a proteção constitucional como direito fundamental.

Importante registrar que o sigilo garantido constitucionalmente é aquele referente à

– gênero – o princípio da publicidade no que deságua na busca da eficiência, ante o acompanhamento pela sociedade. Estando em jogo valores, há de ser observado o coletivo em detrimento, até mesmo, do individual. (HC 102819, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 05/04/2011, DJe-102 DIVULG 27-05-2011 PUBLIC 30-05-2011 EMENT VOL-02532-01 PP-00141 RTJ VOL-00219- PP-00490).

comunicação de dados, e não dos dados em si, de maneira que os dados em si não estão na área de proteção constitucional do art. 5º, XII, da Constituição, constando do STF registro de julgamento exatamente nesse sentido: "Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados."¹³⁹

5.2.4 Afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal.

O sigilo financeiro e bancário é regido pela Lei Complementar (LC) 105, de 2001 (sendo revogada a Lei 4.595/1964, que previa o sigilo em seu art. 38), ao passo que o sigilo fiscal é disciplinado pelo art. 198 do Código Tributário Nacional (CTN).

A quebra de tais sigilos faz-se importantíssima para a compreensão do funcionamento de qualquer organização criminosa, e muitas vezes os elementos de prova produzidos através da análise fiscal, bancária e financeira de membros mafiosos, que escolhem geralmente países conhecidos como "paraísos fiscais" para abrigar suas contas (no mais das vezes em nomes de "laranjas", pessoas ou empresas escolhidas para se tentar omitir o patrimônio desviado, retirando o foco do mafioso), faz com que seja até desnecessária a confissão por parte deles ou a entrega de detalhes a respeito de outros membros através da colaboração premiada.

O sigilo fiscal, bancário e financeiro não é expressamente previsto pela CF/88, de modo que a área de proteção desse direito (ao sigilo) é compreendida como decorrente do art. 5º, X, que vem a ser o "direito à intimidade" ("são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação").

139 HC 91867, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 19-09-2012 PUBLIC 20-09-2012.

A própria Lei 12.850/2013 incorporou o espírito de relativização do direito à intimidade e permitiu à autoridade policial e Ministério Público, além do juiz, o acesso a "dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito" (art. 15), aos "bancos de dados de reservas e registro de viagens", junto às empresas de transportes (art. 16), e aos "registros de identificação dos números dos terminais de origem e de destino das ligações telefônicas internacionais, interurbanas e locais", perante as concessionárias de telefonia (art. 17).

5.2.5 Cooperação interinstitucional na busca para a investigação ou instrução criminal.

A cooperação entre as instituições e órgãos públicos de todas as esferas era algo que, considerando o princípio constitucional-administrativo da eficiência e o dever geral fundamental de se garantir a segurança pública aos cidadãos, não deveria nem constar como medida "desejável" (expressamente) pelo legislador que laborou na Lei 12.850/2013, conforme anotam BITENCOURT e BUSATO¹⁴⁰, talvez mais para satisfazer às exigências da Convenção de Palermo, dado que o conteúdo deste dispositivo repete o constante do art. 7º, "b"¹⁴¹ do pacto internacional.

Contudo, como o Brasil talvez seja um lugar em que nem sempre o que parece ser óbvio e lógico prepondera, talvez daí tenha surgido a preocupação de se inserir a cooperação

140 BITENCOURT e BUSATO (2014, p. 108).

141 "Garantirá, sem prejuízo da aplicação dos Artigos 18 e 27 da presente Convenção, que as autoridades responsáveis pela administração, regulamentação, detecção e repressão e outras autoridades responsáveis pelo combate à lavagem de dinheiro (incluindo, quando tal esteja previsto no seu direito interno, as autoridades judiciais), tenham a capacidade de cooperar e trocar informações em âmbito nacional e internacional, em conformidade com as condições prescritas no direito interno, e, para esse fim, considerará a possibilidade de criar um serviço de informação financeira que funcione como centro nacional de coleta, análise e difusão de informação relativa a eventuais atividades de lavagem de dinheiro."

institucional como meio de obtenção de provas, até porque há uma confusão muito grande em torno de nossa arcaica estrutura policial, ainda dividida entre Polícia Militar e Civil, cada qual com seus centros de inteligência, afora o Ministério Público Federal e Estadual (com seus grupos de atuação no combate ao crime organizado – GAECO), a Polícia Federal e outros órgãos que também funcionam na investigação, como as Receitas Federal, Estaduais e Municipais, sendo melhor mesmo que exista um comando normativo desse jaez, ainda que de caráter programático, o que nos parece que vem realmente ocorrendo.

Passaremos agora à análise da colaboração premiada.

6 A COLABORAÇÃO PREMIADA.

O objetivo principal da colaboração premiada é levantar provas para a elucidação de crimes, punição de culpados e, com base nisso, diminuir o grau de impunidade que cerca principalmente os crimes praticados por organizações criminosas.

A colaboração premiada, frise-se, não é prova, mas meio de obtenção de prova, isto é, os depoimentos coletados e homologados judicialmente precisam de confirmação sob o crivo da ampla defesa e do contraditório, no processo penal, e, como qualquer outro depoimento prestado fora do processo, precisa de confirmação em ambiente democrático.

Um depoimento prestado em sede de colaboração premiada, isoladamente, portanto, de nada servirá para um decreto condenatório, porquanto insuficiente, e a própria Lei 12.850/2013 assim o prevê, ao dispor que “Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador” (art. 4º, § 16), dispositivo esse que veio a reafirmar jurisprudência dos tribunais¹⁴².

É a colaboração premiada, ou o termo que a formaliza (os requisitos estão no art. 6º da Lei 12.850/2013, sendo necessário conter o relato da colaboração e seus possíveis resultados, as condições da proposta do Ministério Público ou delegado de polícia, a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor, as assinaturas do representante do Ministério Público, delegado, colaborador e defensor, e a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário), na dicção do STF, verdadeiro “negócio

142 PENAL. PROCESSUAL PENAL. PECULATO. OPERAÇÃO GAFANHOTO. CONDENAÇÃO. DELAÇÃO PREMIADA CORROBORADA POR OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. VALIDADE. PRECEDENTES. 1. As provas testemunhais, obtidas por meio de delação premiada, em consonância com as demais provas produzidas na fase judicial da persecução penal, são elementos idôneos para subsidiarem a condenação do agente. Precedentes. 2. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no AREsp 422.441/RR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 25/08/2015). No mesmo sentido, e do mesmo STJ: HC 289.853/MT, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 09/12/2014, DJe 19/12/2014; HC 231.675/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE, SEXTA TURMA), julgado em 20/03/2014, DJe 10/04/2014.

jurídico processual” (HC 127.483, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27/8/2015), que, se efetiva, pode gerar conseqüências para o colaborador, que vai desde o perdão judicial, passando por uma diminuição considerável da pena e indo até a alteração do regime de cumprimento.

O escopo do processo penal passa pelo escopo do próprio direito, que é, regulando as condutas humanas, alcançar a pacificação social, no caso, trazendo punição de forma exemplar por crimes praticados, desestimulando novas práticas; logo, um processo que não atinja tal objetivo é processo que coopera para a impunidade.

E, nas palavras de ADORNO, "Onde prevalece a impunidade, a eficácia das normas está em perigo. As normas parecem não mais existir ou, quando invocadas, resultam sem efeito. Tal processo aponta no sentido da transformação da autoridade legítima em poder arbitrário e cruel."¹⁴³

Elencada na legislação brasileira de combate ao crime organizado como um dos meios de obtenção de prova (Lei 12.850/2013, art. 3º, I), não restam dúvidas de que a prática tem demonstrado que o instituto também vem sendo utilizado como estratégia de defesa, porquanto são inegáveis os benefícios trazidos àquele integrante da organização (o “arrependido” ou o *pentiti* do direito italiano) que resolve entregar à Administração da Justiça detalhes de seu grupo mafioso, ajudando a desmantelá-lo.

É nesse ambiente que se desenvolve a colaboração premiada, e muitos advogados vão precisar se acostumar a isso: tanto é instrumento que serve aos órgãos persecutores criminais (polícia, ministério público), como também é meio excelente de se exercitar a defesa, visando-se um prêmio pela colaboração com a acusação.

Conforme vimos anteriormente, principalmente após a II Guerra Mundial, passou-se a um processo de valorização maior dos chamados direitos fundamentais, de modo que a leitura ou interpretação que antes partia dos textos infraconstitucionais para as constituições, sofreu

143 ADORNO (1996, p. 11).

mudança de fluxo e guiou-se então para o sentido das constituições para os textos infraconstitucionais, isto é, passou-se a haver uma forte influência dos direitos fundamentais na vida das pessoas, de modo mais direto.

Assim, a par de um “eficientismo”¹⁴⁴, que busca respostas, através do endurecimento de normas de direito penal e processo penal, para o problema da crescente criminalidade do mundo real, é preciso o Estado observar que existem garantias mínimas que precisam ser respeitadas, garantias essas que estão disciplinadas na forma de direitos fundamentais constitucionalmente albergados.

Ao mesmo tempo, é preciso não se “errar na mão”, gerando-se impunidade, com a aplicação exagerada de postulados garantistas interpretados hiperbolicamente.

Esse tensionamento é inegavelmente existente na atualidade quando o assunto é colaboração premiada, em vários pontos da disciplina trazida com a Lei 12.850/2013, e em especial, por ser o foco deste trabalho, no que diz respeito à previsão de renúncia ao direito ao silêncio do colaborador (Lei 12.850/2013, art. 4º, § 14), e ao modo como o aparato estatal consegue chegar até a quebra desse silêncio.

6.1 DISTINÇÃO DE SIGNIFICADOS ENTRE DELAÇÃO E COLABORAÇÃO PREMIADA.

Os termos se confundem nas matérias jornalísticas e vulgarmente, sendo tratadas as palavras “delação” e “colaboração” como sinônimos, no entanto, por se tratar de trabalho científico, convém fazer a distinção dos significados entre delação e colaboração premiada.

Há até os que não reconheçam qualquer distinção ontológica entre os institutos, tal como parece ser a posição de SILVA JR., para quem a colaboração ou delação premiada

144 ANDRADE (2006, p. 178).

“consiste no acordo entre o investigado ou acusado e a autoridade policial ou o representante do Ministério Público”¹⁴⁵, cujo objetivo é obter informações a respeito de crime praticado e organização criminosa que sirvam à persecução criminal, reconstruindo os fatos praticados e individualizando condutas, em troca de favores legais ao colaborador ou delator.

A propósito da denominação escolhida pelo legislador (colaboração, e não delação premiada), o professor SILVA JR., no que concordamos, acredita que tal opção se deu em função da carga negativa que carrega, desde tempos imemoriais (quando ficou conhecido como instrumento de mera “caguetagem”).

Com efeito, ontologicamente, o significado é um só: a previsão de um prêmio concedido a alguém pelo Estado a fim de que, quebrando o silêncio, passe a oferecer informações que sejam úteis na persecução criminal de grupos criminosos organizados.

A própria palavra “delação” possui pelo menos duas acepções jurídico-criminais: uma no sentido de *delatio criminis*, isto é, o conhecimento levado por alguém que nada tem a ver com o crime até a autoridade policial, e outra acepção no sentido de alguém, envolvido com o crime, admitir sua responsabilidade, e passar a colaborar com os investigadores para que estes venham a conhecer a organização criminosa de que faz parte¹⁴⁶.

Enquanto simples delação, sem um cabedal de normas de processo que a regulassem, a hoje chamada tecnicamente colaboração premiada (no uso vulgar vingou delação mesmo) foi empregada, anteriormente ao caso Lava-Jato, no caso Banestado.

O caso Banestado iniciou em 2001 com investigação pela Polícia Federal acerca da remessa de dinheiro (cerca de 30 bilhões de dólares) para o exterior para contas localizadas na sede do Banestado (Banco do Estado do Paraná) em Nova York (EUA), entre 1996 e 1997, gerando inclusive uma CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito)¹⁴⁷.

145 SILVA JR. (2015, p. 31).

146 BITTAR (2011, p. 227).

147 Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u57148.shtml>> Acesso em: 10 dez. 2014.

Antes mesmo da Lei 12.850/2013 o MPF e a Justiça Federal já vinham trabalhando a coleta de depoimentos, que ajudaram na busca por elementos de prova, através da delação, que ainda não era chamada de colaboração premiada, nem tampouco era revestida de amparo formal no que diz respeito aos procedimentos, sem dúvida alguma hoje muito mais seguros tanto para a acusação como para a defesa, diminuindo-se os riscos de nulidade, e, talvez, dessa constatação advenha o sucesso da operação Lava-Jato.

Com a nova lei, e o uso da expressão “colaboração”, quer a lei revestir o instituto com nova roupagem, condizente com os benefícios que sua aplicação certamente traz para o combate ao crime, e, via de consequência, à sociedade, porém, mais do que isso, quer-nos parecer que, de fato, estamos diante de um instituto jurídico mais amplo que a delação, a qual foi introduzida em nosso sistema em normas esparsas e sem conteúdo regulatório de seu procedimento, relegando-o a segundo plano exatamente em função de sua frouxidão normativa.

A colaboração premiada, a depender do momento em que seja utilizada, pode ser chamada de pré-processual (antes de oferecida a denúncia no processo criminal), processual (quando em tramitação a ação penal) (art. 3º da Lei 12.850/2013) e pós-processual (quando já condenado o colaborador, em execução penal – art. 4º, § 5º, da referida lei).

6.2 NORMOGÊNESE DA COLABORAÇÃO PREMIADA: DAS ORDENAÇÕES FILIPINAS À LEI 12.850/2013.

CARNEIRO DA FONSECA, em artigo publicado na Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais¹⁴⁸, registra como antecedente histórico nacional relevante de uso da delação a Conjuração Mineira de 1789, quando Joaquim Silvério dos Reis obteve o perdão de

148 CARNEIRO DA FONSECA (2008, p. 249).

uma dívida em troca da delação de colegas, o que culminou com o esquartejamento de Joaquim José da Silva Xavier (“Tiradentes”), em Vila Rica.

Já no direito estrangeiro, menciona o caso “Rudd”, de 1775, do direito inglês, em que o juiz declarou serem admissíveis os relatos de um dos acusados contra os cúmplices em troca de sua impunidade depois de sua confissão, bem assim o exemplo norte-americano, onde são comuns os acordos entre acusadores e e acusados em troca de informações e prêmios (*plea bargaining*).

No caso norte-americano, entretanto, diferentemente do que ocorre no direito continental (especialmente o italiano), que serve de inspiração mais forte para a situação brasileira, a aplicação do *plea bargaining* ocorre com muito mais força porque lá existe uma verdadeira cultura do acordo, mesmo em processos criminais, o que não coloca, mesmo nos EUA, o instituto longe de críticas, pois lá já se discutem mudanças no sistema de formulação de acordos enquanto regra, dado que vem se comprovando que os acusados, aconselhados por advogados, têm preferido formar os acordos de culpa, quando então receberão prêmios legais pela colaboração, do que enfrentar o júri e eventual sentença condenatória, de costume com penas mais pesadas¹⁴⁹, o que tem afastado demasiadamente a análise dos casos criminais da efetiva jurisdição, algo impensável no Brasil, pelo menos até o momento.

No direito italiano, o professor SILVA JR.¹⁵⁰ coloca como fonte primeva a obra do milanês BECCARIA, que, na sua obra clássica, “Dos delitos e das penas”, registrou a prática do oferecimento da “impunidade ao cúmplice de um grande crime que trair os seus companheiros”, informando aí existir certas vantagens, não sem estar isento de críticas (menciona a questão ética da delação), arrematando o autor italiano, porém, que, sendo editada lei geral prevendo a prática, poderia servir a medida como desestímulo à união dos maus, pelo temor recíproco que inspiraria a cada um de se expor sozinho aos perigos.

149 ALSCHULER (1981, p. 652).

150 SILVA JR. (2015, p. 32).

Vejam, pois, no ordenamento jurídico brasileiro, como se deu a evolução da delação premiada até chegar à colaboração tal como disciplinada na Lei 12.850/2013.

6.2.1 A delação nas Ordenações Filipinas.

Na gênese do conjunto normativo que atualmente rege a colaboração premiada temos como primeiro marco legal a delação na forma como foi concebida pelas Ordenações Filipinas, que vigoram durante o Brasil Colônia, entre 1603 e 1830, quando passou a vigorar o Código Criminal.

As Ordenações Filipinas formaram um código de normas que vigoraram durante a União Ibérica e faziam alusão ao Rei Filipe II.

Nas Ordenações, a delação vinha prevista no art. 12, abaixo transcrito, em sua literalidade:

12. E quanto ao que fizer consêlho e confederação contra o Rey, se logo sem algum espaço, e antes que per outrem seja descoberto, elle o descobrir, merece perdão.

E ainda por isso lhe deve ser feita mercê, segundo o caso merecer, se elle não foi o principal tratador desse consêlho e confederação.

E não o descobrindo logo, se o descobrir depois per espaço de tempo, antes que o Rey seja disso sabedor, nem feita obra por isso, ainda deve ser perdoado, sem haver outra mercê.

E em lodo o caso que descobrir o tal consêlho, sendo já per outrem descoberto, ou posto em ordem para se descobrir, será havido por commetedor do crime de Lesa Magestade, sem ser relevado da pena, que por isso merecer, pois o revelou em tempo, que o Rey já sabia, ou stava de manêira para o não poder deixar de saber.¹⁵¹

O art. 12 estava inserido no Título VI das Ordenações, que cuidava dos crimes de lesa majestade, ou seja, de traição contra a figura do rei, violação considerada gravíssima.

É de se perceber da leitura do trecho acima que a delação protegida pela lei tinha que ser anterior ao conhecimento do crime pelo próprio rei, ou anteriormente a qualquer

151 Extraído de versão original, digitalizada e disponibilizada pelo Senado Federal no endereço eletrônico: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>> Acesso em: 12 dez. 2015.

possibilidade de tal ciência por ele, sendo vinculada a não-punição à efetividade do desbaratamento da traição ao rei.

Na Inconfidência Mineira o dispositivo foi aplicado para atingir Joaquim José da Silva Xavier, o “Tiradentes”, por ato de delação à Coroa por parte de Joaquim Silvério dos Reis, que informou não apenas os planos de conspiração, como também deu nome aos integrantes revolucionários, recebendo em troca alguma premiação, como a remissão de suas dívidas pessoais.

Ainda no Livro V, desta feita no Título CXVI, as Ordenações trouxeram à lume a previsão de premiação a quem entregasse à prisão “malfeitores” praticantes de outras espécies de delitos, como de moeda falsa, falsificação de sinais oficiais, homicídio, furto, incêndio de fazenda, forçar mulher a fazer feitiços (por forte influência da Igreja Católica, vários dispositivos tratam da criminalização da prática de feitiçaria), falso testemunho, falsificação, etc., que poderia ser o perdão da Coroa e das partes prejudicadas, ou mesmo que fosse livrado apenas o degredo, acaso as partes prejudicadas não outorgassem o perdão.¹⁵²

Como se vê, existia, desde os tempos coloniais, o embrião daquilo que depois viria a adentrar em nosso ordenamento jurídico como delação, evoluindo depois para a colaboração premiada.

152 Como se perdoará aos malfeitores, que derem outros à prisão. Qualquer pessoa, que der á prisão cada hum dos culpados, e participantes em fazer moeda falsa, ou em cercear, ou per qualquer artificio mingoar, ou corram per a verdadeira, ou em falsar nosso sinal, ou sello, ou da Rainha, ou do Principe meu filho, ou em falsar sinal de algum Védor de nossa fazenda, ou Dezembargador, ou de outro nosso Official Mór, ou de outros Officiaes de nossa Caza, em cousas, que toquem a seus Offícios, ou em matar, ou ferir com bêsta, ou espingarda, matar com peçonha, ou em a dar, ainda que morte della se não siga, em matar atraíçoadamente, quebrantar prisões e Cadêas de fóra per força, fazer furto, de qualquer sorte e maneira que seja, pôr fogo ácinte para queimar fazenda, ou pessõa, forçar mulher, fazer feitiços, testemunhar falso, em soltar presos por sua vonlade, sendo Carcereiro, em entrar em Mosteiro de Freiras com proposito deshonesto, em fazer falsidade em seu Officio, sendo Tabellião, ou Scrivão; tanto que assi dêr á prisão os ditos malfeilares, ou cada hum delles, e lhes provar, ou forem provados cada hum dos ditos delictos, se esse, que o assi deu á prisão, participante em cada hum dos ditos maleficios, em que he culpado aquelle, que he preso, havemos por bem que, sendo igual na culpa, seja perdoado livremente, posto que não tenha perdão da parte.

6.2.2 A delação na legislação esparsa.

Lei 8.072/1990.

A primeira lei a tratar da delação foi a Lei dos Crimes Hediondos, que, em seu art. 8º, parágrafo único, previu a hipótese de delação, com redução da pena ao delator, condicionando o benefício à troca de informações que possibilitassem ao Estado o desmantelamento do bando ou quadrilha (não se falava ainda em organização criminosa, sendo o conceito mais restrito)¹⁵³.

Lei 8.137/1990.

O art. 16, parágrafo único, da lei que trata dos crimes contra a ordem tributária, com redação acrescida pela Lei 9.080/1995, previu também a possibilidade de premiação em sendo feita a delação, de “toda a trama delituosa”¹⁵⁴.

Lei 7.492/1986.

Referida lei cuida dos crimes contra o sistema financeiro, e, também em 1995, pela Lei 9.080, teve incluída a figura da delação premiada em seu art. 25, parágrafo único, referindo-se à confissão espontânea na fase policial ou judicial (por meio do interrogatório, portanto)¹⁵⁵, com previsão de prêmio ao acusado de redução de sua pena de 1 a 2/3.

153 "O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços."

154 "Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços."

155 "Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena

Lei 9.034/1995.

A anterior lei do crime organizado, agora revogada expressamente pela Lei 12.850/2013, previa a delação em seu art. 6º, o qual, para concessão do benefício de redução da pena exigia o esclarecimento das infrações praticadas e respectivos autores¹⁵⁶.

Código Penal.

O Código Penal, apesar de aprovado em 1940, passou por inúmeras reformas tópicas, dentre elas a que resultou na redação imposta pela Lei 9.269/1996, que, para o crime de seqüestro, passou a prever a hipótese de premiação ao co-autor que praticar a delação que resulte na facilitação à libertação do seqüestrado, prevendo a redução da pena de um a dois terços.

Lei 9.613/1998.

A lei que disciplinou os crimes de lavagem e ocultação de bens, direitos e valores, em seu art. 1º, § 5º, com redação alterada pela Lei 12.683, de 2012, também previu a concessão de benefícios penais a delatores, sendo mais extensiva em sua premiação ao colaborador, ao possibilitar, além da redução da pena, a modificação de seu regime de cumprimento mediante a colaboração espontânea do autor, coautor ou partícipe que conduza também para a localização de bens, direitos ou valores objeto do crime¹⁵⁷.

reduzida de um a dois terços."

156 "Nos crimes praticados em organizações criminosas, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria."

157 A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o

Lei 9.807/1999.

É a lei de proteção a vítimas e testemunhas, e, em seus arts. 13 a 15, prevê a possibilidade de benefícios que vão desde o perdão judicial até a redução da pena ao “réu colaborador”¹⁵⁸, sendo a lei mais completa até a edição da Lei 12.850/2013.

Lei 11.343/2006.

No seu art. 41 traz hipótese de concessão de direito premial ao colaborador voluntário em investigação ou processo criminal que envolva o tráfico ilícito de entorpecentes, desde que, voluntariamente, identifique os demais co-autores ou partícipes do crime, e auxilie na recuperação total ou parcial do produto do delito.

Com relação à Lei 11.343/2006, em processo penal que tramitou em Macaíba, houve a aplicação da diminuição da pena aplicada ao colaborador, co-autor de crime de tráfico de 10 kg de maconha, na condição de taxista, ao não apenas confessar sua participação, em sede de processo criminal, mas também detalhar nomes dos demais integrantes da associação

autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

158 Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa; II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III - a recuperação total ou parcial do produto do crime. Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso. Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços. Art. 15. Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva. § 1o Estando sob prisão temporária, preventiva ou em decorrência de flagrante delito, o colaborador será custodiado em dependência separada dos demais presos. § 2o Durante a instrução criminal, poderá o juiz competente determinar em favor do colaborador qualquer das medidas previstas no art. 8º desta Lei. § 3o No caso de cumprimento da pena em regime fechado, poderá o juiz criminal determinar medidas especiais que proporcionem a segurança do colaborador em relação aos demais apenados.

criminosa e detalhes operacionais da organização, tendo sua pena sido diminuída em dois terços, passando de 8 anos para 2 anos e 4 meses de reclusão, considerando-se a importância das informações prestadas pelo acusado (processo nº 0100139-31.2015.8.20.0121, da Vara Criminal de Macaíba, Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Norte).

De se observar que tais comandos normativos, se atentamos para suas redações, utilizam-se hora de expressões que preveem a voluntariedade do ato do colaborador, hora com previsão a respeito da espontaneidade.

Haveria distinção de conteúdo entre essas duas expressões? Um ato voluntário é diferente, em seu conteúdo, de um ato espontâneo?

Parece-nos que a resposta à questão acima é sim, existe realmente distinção entre ato voluntário e espontâneo.

Espontânea é a atitude autônoma adotada pelo acusado ou investigado de colaborar com o desvelamento da investigação.

Voluntário é o ato tomado sem qualquer tipo de coação, ou seja, é o ato que pode até ser sugerido ou oferecido ao pretense colaborador (até para que seja guiado em sua estratégia de defesa), mas que dele deve partir, sem coação, a manifestação de vontade em colaborar com a investigação.

Nesse sentido é a lição de BITTAR:

O que se exige é que a colaboração não seja fruto de qualquer forma de ameaça contra o investigado/processado por parte das autoridades legais. Nesses casos não se poderia admitir a hipótese de delação premiada, mas, sim, delação imposta, induzida, forçada etc., o que é incompatível com o ordenamento jurídico.¹⁵⁹

Das leis que foram glosadas aqui, nota-se o requisito da voluntariedade naquela que trata do programa de proteção a vítimas e testemunhas e na Lei Antidrogas, e o requisito da espontaneidade na Lei da Lavagem de Dinheiro, na Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional na Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária, não havendo qualquer

159 BITTAR (2011, p. 163).

menção à voluntariedade ou à espontaneidade na Lei dos Crimes Hediondos e no Código Penal.

6.2.3 A colaboração premiada na Lei 12.850/2013.

Conforme destacado na introdução, a Lei 12.850/2013, assinada pela Presidente Dilma Rousseff (PT) e publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 5 de agosto de 2013, teve seu trâmite iniciado no Senado Federal, na forma do PLS nº 150, protocolado em 23 de maio de 2006 pela Senadora Serys Slhessarenko, do Partido dos Trabalhadores (PT).

A Senadora, no relatório de justificativa para o PLS 150, teceu as seguintes considerações:

Sabe-se, ainda, que crime organizado, para que possa atingir seu escopo, emprega determinados modos de execução. Há um espectro muito amplo de *modus operandi*. Frequentemente, vale-se da violência, da força intimidativa, da manobra fraudulenta, do tráfico de influência ou mesmo de atos de corrupção. Infelizmente, não há como negar a estreita ligação entre o crime organizado e a corrupção.

Ironicamente, os métodos traçados pela Senadora do PT que justificariam a confecção da Lei 12.850 seriam os mesmos pelos quais colegas delas de partido viriam a ser condenados no escandaloso caso de corrupção que ficou conhecido como “Mensalão” (Ação Penal 470, julgada pelo Superior Tribunal Federal, em Brasília, sendo relator o Ministro Joaquim Barbosa), seguindo-se depois com o rumoroso caso conhecido por “Petrolão”, no bojo da Operação “Lava-Jato” (este caso com sede em Curitiba, sob o comando do Juiz Federal Sergio Moro).

Depois, em razão da tramitação bicameral, converteu-se, já na Câmara dos Deputados, no PL nº 6578, protocolado em 9 de dezembro de 2009 (sendo relator na Comissão de Constituição e Justiça o Deputado Federal Vieira da Cunha, do PDT), transformando-se em lei após 7 anos de tramitação.

Do relatório apresentado pelo Deputado Vieira da Cunha consta que a justificativa para o PL era a adequação da legislação brasileira à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado (Convenção de Palermo).

A Convenção de Palermo foi internalizada em nosso ordenamento por meio do Decreto 5.015, de 12 de março de 2004 (DOU 15/3/2004), assinado pelo então Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, sendo objetivo da norma internacional “promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional.”

Referida lei abriu capítulo próprio para o tratamento procedimental da colaboração premiada (denominação que ela emprega já em seu art. 3º), algo que ainda não havia ocorrido em nosso sistema processual.

A Lei 12.850/2013 revogou expressamente, em seu art. 26, a Lei 9.034/1995, que tratava do crime organizado, e entrou em vigor 45 dias (art. 27 da Lei 12.850) após a publicação, ou seja, passou a vigorar em 19 de setembro de 2013.

6.3 A APLICABILIDADE DA LEI 12.850/2013.

A Lei 12.850/2013 veio a revogar a lei anterior (Lei 9.034/1995, que previa procedimentos para a prevenção e repressão de crimes praticados por organizações criminosas), e regulamentou o procedimento do que chamou de colaboração premiada.

Pergunta-se, então: sabendo-se que outras leis tratam também do instituto, poderia a nova lei ser aplicada a outras espécies de investigações por crimes diversos?

Há posicionamento no sentido de que sim, de que nessa hipótese seria possível a aplicação subsidiária de dispositivos que não sejam incompatíveis às demais leis que regem a mesma matéria, na medida em que as lacunas deixadas por estas comprometeriam a utilização

da colaboração premiada.¹⁶⁰

No HC 282253/MS¹⁶¹, em recente acórdão de julgamento, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), por sua 6ª Turma, consignou entendimento de que, por trazer consigo normas de direito material e processual, no que diz respeito à regra do sigilo dos termos da delação, deveriam ser aplicadas de imediato as normas processuais dispostas na nova legislação.

Segundo se depreende da leitura do inteiro teor do acórdão, apesar de denunciados os réus por crime de homicídio de líder indígena Guaiviry, estaria o juízo de 1º grau, como o próprio Tribunal Federal da 1ª Região, negando-se a quebrar o sigilo do acordo formalizado, sendo então impetrado *habeas corpus* sob a alegação de afronta aos princípios do contraditório, da ampla defesa e à súmula vinculante nº 14 do STF¹⁶², com ordem concedida para se franquear aos acusados o conteúdo da delação/colaboração, a teor do que dispõe o art. 7º, § 3º, da Lei 12.850/2013: “O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia”.

Ao assim decidir, com relação à aplicação imediata da nova lei a caso em andamento, o STJ optou pela incidência do "sistema de isolamento dos atos processuais", "...segundo o qual a lei nova não atinge os atos processuais praticados sob a vigência da lei anterior, porém é aplicável aos atos processuais que ainda não foram praticados, pouco importando a fase processual em que o feito se encontrar" (trecho extraído do voto do relator).

6.4 O DEBATE ÉTICO EM TORNO DA COLABORAÇÃO PREMIADA.

Existe um debate ético em torno da colaboração premiada, que remonta ainda ao

160 SILVA JR. (2015, p. 34).

161 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Paulo Gallotti, Classe: HC – Processo: 282.253, UF: MS, 6ª Turma, un., Data da decisão: 25/3/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>> Acesso em: 15 abr. 2015.

162 "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."

tempo em que a nova legislação não existia, e dizia respeito à delação.

Quanto aos fundamentos éticos do instituto (ou a falta deles), percebe-se que muitas das críticas voltam-se para o aspecto negativo do ato de se entregar alguém em traição, não podendo, nem devendo merecer confiança a palavra de pessoa com tal estirpe, quando mais em um Estado Democrático de Direito (de direito penal mínimo e garantista), o qual não poderia servir para estimular a conduta do colaborador de entregar seus pares, atitude antiética e imoral¹⁶³.

Essa é a posição de destacados doutrinadores brasileiros na esfera criminal, como BITENCOURT e BUSATO:

Não se pode admitir, sem qualquer questionamento, a premiação de um delinqüente que, para obter determinada vantagem, delate seu parceiro, com o qual deve ter tido, pelo menos, uma relação de confiança para empreenderem alguma atividade, no mínimo, arriscada, que é a prática de algum tipo de delinqüência. Não se está aqui a aplaudir qualquer senso de “camaradagem” para delinqüir. Não se trata disso. Estamos, na verdade, tentando falar da moralidade e justiça da postura assumida pelo Estado nesse tipo de premiação. Qual é, afinal, o fundamento ético legitimador do oferecimento de tal premiação?¹⁶⁴

Esse aspecto mais voltado para a ética, aliás, vem sendo explorado por advogados de defesa no âmbito da chamada “Operação Lava Jato” (que investiga desvio de recursos na PETROBRAS), sendo contratado para emitir parecer¹⁶⁵ o ministro aposentado do STJ, GILSON DIPP, idealizador das varas especializadas em crimes de lavagem de dinheiro.

No parecer, o jurista suscita a perda da confiabilidade de réu colaborador (Alberto Youssef) que quebrara acordo anterior firmado noutra caso (caso Banestado, nessa obra mencionado), ao voltar a delinqüir, e que, portanto, na opinião do parecerista, não poderia ser dotado o novo acordo de validade e eficácia em seu conteúdo e conseqüências legais, porquanto não observada a personalidade do colaborador, reconhecidamente inconfiável e eticamente reprovável, tal como exigido no art. 4º da Lei 12.850/2013.

163 BITTAR (2011, p. 219).

164 BITENCOURT e BUSATO (2014, p. 117).

165 DIPP (2015, p. 1-28).

É bom que se diga, contudo, que, em se tratando de crime organizado, o silêncio talvez é que seja mais chocante e moralmente indefensável, tal como sustentado por MORO:

Sobre a delação premiada, não se está traindo a pátria ou alguma espécie de “resistência francesa”. Um criminoso que confessa um crime e revela a participação de outros, embora movido por interesses próprios, colabora com a Justiça e com a aplicação das leis de um país. Se as leis forem justas e democráticas, não há como condenar moralmente a delação; é condenável nesse caso o silêncio.¹⁶⁶

O argumento é de cunho eminentemente utilitarista? Sim, não restam dúvidas disso. Entretanto, nem argumentos utilitaristas, que partam para reforçar argumentos dos que defendem a colaboração, ou que sirvam para minar tal posição, indo contra o instituto, nem tampouco argumentos que tentem pigmentar a colaboração da pecha de imoral, a nosso sentir, podem servir para dizer que seria, em tese, inconstitucional esse meio de se buscar a prova no processo penal.

Parece-nos que o que vai determinar, juridicamente, a inconstitucionalidade ou não da colaboração premiada vai ser a análise das intervenções provocadas pelo legislador (caráter geral) ou pelo aplicador da lei (em cada caso concreto) nos direitos fundamentais do acusado/colaborador.

6.5 A VOLUNTARIEDADE NA COLABORAÇÃO.

A revogada Lei 9.034/1995, em seu art. 6º, tratava da espontaneidade como requisito para validação da colaboração do agente criminoso com as investigações.

A menção à espontaneidade levou parte da doutrina a entender que a iniciativa da colaboração deveria partir exclusivamente do investigado, sem possibilidade de atuação dos órgãos estatais de persecução criminal em busca de tal colaboração¹⁶⁷.

166 MORO (2014, p. 58).

167 PEREIRA (2013, p. 112-113) menciona a posição de Luiz Flávio Gomes defendendo que a espontaneidade pressupunha a iniciativa na colaboração partindo exclusivamente do investigado.

Tudo certo que a utilização da colaboração premiada não apenas como técnica de investigação, mas também como meio de defesa, é algo não apenas possível, mas que certamente deverá ser cada vez mais a tônica para obtenção de benefícios processuais para o réu colaborador, por orientação mesmo de sua defesa técnica, todavia, seria um modo de raciocinar totalmente dissociado da realidade do silêncio imposto pelas organizações criminosas, e, portanto, de um romantismo sem cabimento nos dias de hoje, querer que alguém, do nada, sem qualquer provocação, espontaneamente, venha a se apresentar como membro de uma máfia e queira entregar toda a cadeia de relacionamentos e funcionamento da organização.

Com a nova lei (Lei 12.850/2013), em que o instituto da colaboração premiada veio a receber do legislador um tratamento mais adequado, com especificações a respeito do procedimento a ser adotado pelas autoridades e que até então não existiam, foi consagrado, enfim, dissipando dúvidas pregressas, e extirpando a atecnia legislativa que acometeu a lei revogada, o requisito da voluntariedade (art. 4º, *caput*¹⁶⁸).

Isto é, doravante, ao investigado ou acusado pode ser sugerida a atitude de colaboração em troca de algum dos favores previstos em lei, jamais através da coação.

A voluntariedade na colaboração é tema que está diretamente relacionado ao direito ao silêncio dos acusados em geral e a possibilidade de renúncia a esse direito fundamental na hipótese de se aplicar a colaboração.

A mácula à voluntariedade na obtenção de um depoimento de um colaborador poderá levar à nulidade absoluta da prova produzida ou que se pretendia produzir, podendo o juiz não

168 Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

homologar a colaboração ou ver eventual sentença ser declarada nula total ou parcialmente, por ilicitude da prova produzida em desatenção ao requisito da voluntariedade da colaboração.

A lei previu, para reforçar ainda mais a questão da voluntariedade da colaboração, a presença de defensor no ato (art. 4º, § 6º), devendo, sempre que for ouvido, estar acompanhado de algum advogado (art. 4º, § 9º), sendo, ademais, passível de retratação o acordo, “caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor” (art. 4º, § 10).

Como há exigência da presença do defensor na contribuição do colaborador, está aí encartada a chamada “dupla garantia”, na medida em que o colaborador poderá se consultar para melhor decidir se irá enfrentar o processo em silêncio ou se irá “entregar” a organização criminosa, sopesando para si, pessoal e tecnicamente, a melhor das opções.

A voluntariedade da declaração, enquanto expressão da renúncia do direito ao silêncio pelo colaborador, precisa de todos esses cuidados, sendo tais medidas plenamente justificadas, pois em jogo direito fundamental dos acusados em geral, tanto que a lei previu a possibilidade do juiz deixar de homologar o acordo de colaboração se por acaso verificar que, nada obstante o respeito às formalidades previstas pelo legislador ordinário (e em processo penal forma é garantia), a voluntariedade foi de algum modo maculada, e, para tanto, caso queira o juiz, poderá ouvir sigilosamente o colaborador, na presença do defensor deste (Lei 12.850/2013, art. 4º, § 7º).

Será necessário, ainda, que o colaborador assine o termo de colaboração, juntamente com seu advogado, e a renúncia ao direito ao silêncio precisará ser feita também na presença dele, nos depoimentos que prestar (§ 14), de preferência registrados em meio audiovisual (§ 13), sempre de modo a tornar o máximo possível aferível a questão da voluntariedade pelo juiz ou membros de tribunais.

O colaborador, evidentemente, não poderá, por exemplo, ser posto em xeque no que

diz respeito à sua liberdade física ou integridade psicológica, ao ser-lhe proposta colaboração em troca de eventual promessa de requerimento de soltura por parte do Ministério Público (liberdade em troca de colaboração), sendo esse um tratamento que viola as normas do devido processo penal¹⁶⁹.

6.6 DA INICIATIVA NA PROPOSITURA DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA E A POSTURA DO JUIZ NO PROCESSO.

Segundo a Lei 12.850/2015, o acordo de colaboração pode ser proposto na fase pré-processual (inquérito ou investigação direta pelo MP), processual, e execução penal (pós-processual), sendo cabíveis os benefícios do perdão judicial (previsto no CP, art. 107, IX, como forma de extinção da punibilidade), da redução em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade e de sua substituição por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal (art. 4º).

Há até quem veja inconstitucionalidade na parte da lei que autorizou ao delegado de polícia realizar acordo de colaboração premiada¹⁷⁰ (art. 4º, § 2º¹⁷¹), ao se chamar a atenção para o risco de cerceamento das funções acusatórias em juízo acaso, por exemplo, delegado de polícia formulasse proposta de acordo de colaboração, o MP fosse ouvido e ofertasse parecer negativo, e o juízo viesse a homologar o ato, com imposição de perdão judicial sem a concordância do destinatário exclusivo da ação penal¹⁷².

169 ZACHIA ALAN, 2010, p. 115: "Na verdade, o delíneo da colaboração nesses ordenamentos (o autor referindo-se à Inglaterra) decorre de interpretação anglo-saxônica da garantia para a não autoincriminação – the privilege against self incrimination. Com efeito, a decorrer desse comando constitucional, fixou-se entendimento a apontar que o acusado somente pode ser colocado a depor por interesse de sua própria defesa e jamais porque o acusador assim gestiona."

170 BITTENCOURT e BUSATO (2014, p. 130-131).

171 "Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do CPP."

172 SILVA (2014, p. 60).

Seguindo na mesma linha, não há, de fato, muito sentido prático na participação da autoridade policial como elemento ativo na formulação de proposta de acordo para colaboração premiada, pois é ao MP, destinatário da ação penal, a quem interessa saber da necessidade ou conveniência da barganha a ser costurada com o investigado/acusado para o exercício do dever de persecução penal, sendo ele titular constitucional da ação penal.

Entretanto, assim como outros meios de obtenção de prova são possíveis de serem utilizados pelas autoridades policiais, entendemos não haver, na autorização para que delegados atuem ativamente nos acordos de colaboração premiada, desde, é claro, que o acordo passe pelo crivo do Ministério Público, tal como disciplinado na lei, e da mesma forma como ocorre com outros procedimentos de coletas de provas (interceptações telefônicas, por exemplo).

Com relação ao juiz, no processo penal contemporâneo, de cunho constitucional e democrático, que segue o sistema acusatório, e em que as funções de acusar e julgar não podem convergir numa mesma pessoa, este deve assumir papel equidistante das partes e agir como curador dos direitos e garantias fundamentais, de modo que seria inconstitucional qualquer dispositivo constitucional que outorgasse aos magistrados poderes instrutórios relativos à obtenção de provas através da colaboração premiada.

Da leitura da Lei 12.850/2013, art. 4º, § 6º podemos concluir que houve, por parte do legislador ordinário, a captação exata da vontade constituinte (quanto à adoção do sistema acusatório em nosso processo penal), posto que ali restou normatizado que o "juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor."

A não-participação ativa do juiz na formação do acordo é salutar ao processo penal

que se queira democrático, porquanto respeita ao princípio acusatório, afastando-se do antigo sistema inquisitório, opção feita pela CF/88 ao dispor que a titularidade da ação penal é exclusiva do MP, cabendo somente a este, destinatário da *class action* penal, decidir sobre a formulação de acordo ou oferecimento de denúncia sem concessão de benesse alguma ao investigado/acusado.

Essa posição de afastamento do juiz, para que não se confunda com a figura do “juiz de instrução”, é defendida com acerto por PEREIRA, para quem “Ao juiz compete aferir a observância preliminar dos pressupostos do instituto em concreto e se foram observadas as garantias do colaborador, sem se comprometer antecipadamente com a concessão de prêmio ao agente, tampouco se envolvendo em atos de cunho investigatório.”¹⁷³

SILVA JR. discorre também sobre o momento de participação do juiz no procedimento da colaboração premiada¹⁷⁴, que se dá quando da análise para homologação do acordo, providência prevista no art. 4º, § 7º¹⁷⁵, da Lei 12.850/2013, podendo até mesmo recusar a homologação, caso não sejam atendidos os requisitos legais, ou mesmo adequá-la ao caso concreto: “O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto” (§ 8º).

Assim, por exemplo, se num determinado acordo de colaboração for verificado que o direito ao silêncio do investigado ou acusado foi violado, seja por pressão psicológica indevida, seja por tortura, ou outro meio desleal (consistente, por exemplo, em promessa de concessão de benefícios não previstos na lei, como uma soltura, por exemplo, ou prisão domiciliar), poderá o juiz proferir decisão de recusa à homologação e, diante disso, o Ministério Público não poder utilizar a prova em hipótese alguma, pois passará a ser ilícita, e,

173 PEREIRA (2013, p. 133).

174 SILVA JR. (2015, p. 35).

175 "Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor."

o que é pior para a acusação, sem possibilidade de recursos, visto que a Lei 12.850/2013 não previu qualquer possibilidade de impugnação a esse tipo de decisão¹⁷⁶.

Pergunta interessante, no que diz respeito à atuação judicial na análise do acordo de colaboração diz respeito exatamente à parte final do § 8º, art. 4º, da Lei 12.850/2013: se ao juiz, no processo penal atual, influenciado pelos direitos fundamentais constitucionais, seria defeso imiscuir-se na tarefa de acusador, sendo-lhe inclusive defeso a ele participar das negociações para formatação do acordo (§ 6º), como poderia o magistrado participar ou propor qualquer “adequação” ao que restou acertado entre Ministério Público e investigado, sem que, com tal atitude, não estivesse quebrando o sistema acusatório?

Queremos acreditar que essa adequação dos termos do acordo seja muitíssimo limitada, sob pena de se imiscuir o juiz na função de acusador, o que não seria adequado. Caberá o magistrado, portanto, basicamente, apenas velar para que os requisitos da lei, que tratam de assegurar os direitos fundamentais do acusado, sejam observados, assumindo, portanto, papel de garante constitucional.

176 BITENCOURT e BUSATO (2014, p. 132).

7 A COLABORAÇÃO PREMIADA, O DIREITO AO SILÊNCIO E A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 4º, § 14, DA LEI 12.850/2013.

Há uma visão dicotômica no processo penal brasileiro atual a respeito de seus objetivos e modo de ser interpretado e aplicado: de um lado temos uma interpretação que poderia aqui ser nomeada de “garantista liberal”, que remonta aos mais clássicos direitos individuais de cunho iluminista, em que os direitos fundamentais são interpretados hiperbolicamente a favor dos acusados em geral, e de outro lado temos uma interpretação mais voltada à defesa social, que defende um garantismo de tipo “integral”, fundada em premissas de um Estado Social, que atente para os direitos fundamentais do indivíduo de modo mais relativo, considerando a emergência do fenômeno da criminalidade, que precisa ser eficazmente combatida.

Essa discussão reflete e tem conseqüências no debate a respeito da (in)constitucionalidade do art. 4º, § 14, da Lei 12.850/2013, posto que, de um lado, há os que defendam que o texto infraconstitucional, ao prever (condicionar ou até mesmo obrigar) que o cidadão investigado/acusado renuncie ao direito ao silêncio para poder colaborar com a investigação criminal, teria por violada pelo Estado a garantia fundamental ao silêncio, ou de proibição de produção de provas contra si mesmo¹⁷⁷; por outro lado, os mais utilitaristas, e adeptos do chamado “garantismo integral”¹⁷⁸, argumentam que o direito ao silêncio, por não ser absoluto, pode ser renunciado, considerando que, dentro do espectro do direito à defesa há

177 Opinião de Lênio Streck e André Karam veiculada na revista eletrônica Consultor Jurídico: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-14/advogados-promotores-discutem-delacao-premiada-lava-jato> Acesso em 15 dez. 2014; BITENCOURT e BUSATO (2014, p. 118-119); BITENCOURT (2014), em artigo publicado na revista Consultor Jurídico: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-04/cezar-bitencourt-nulidades-delacao-premiada-lava-jato> Acesso em 10 dez. 2014. Neste último artigo, BITENCOURT afirma: “...o dispositivo legislativo (art. 4º, § 14, da Lei 12.850/2013) é claramente inconstitucional enquanto obriga (ou condiciona, o que dá no mesmo) o réu a abrir mão de um direito seu consagrado não apenas na constituição, como em todos os pactos internacionais de direitos humanos, dos quais o Brasil é signatário. Afinal, o réu simplesmente não está obrigado a fazer prova contra si em circunstância alguma, mesmo a pretexto de 'colaborar' com a Justiça, ou seja, na condição de colaborador.”

178 CALABRICH, FISCHER e PELELLA (2013).

de ser considerada a melhor estratégia possível para quem está sendo alvo de acusações, e dentre os pontos a serem avaliados nessa estratégia está o que remete à possibilidade de colaboração com a persecução criminal estatal em troca de favores legais (direito premial)¹⁷⁹, algo que não poderia ser considerado inconstitucional.

A colaboração premiada, enquanto técnica de investigação e meio de obtenção de prova (funcionando também como meio de defesa), precisa, portanto, passar por uma análise de sua constitucionalidade, porquanto, como visto, vem sendo questionada e sua aplicação vem se tornando cada vez mais recorrente, com acordos sendo celebrados a toda hora, em cujas cláusulas a renúncia ao direito ao silêncio é invariavelmente prevista¹⁸⁰.

7.1 BREVE HISTÓRICO DO DIREITO AO SILÊNCIO.

São antigas as referências ao direito à não-autoincriminação, conforme registra FERRAJOLI, ao citar Hobbes em “O Leviatã”: “Se um homem é interrogado pelo soberano ou por um oficial seu relativamente a um delito por ele cometido, ele não é obrigado a confessar sem asseguuração de perdão, pois ninguém pode ser obrigado por um pacto a acusar-se a si mesmo”¹⁸¹.

BECCARIA, mesmo com fortes influências iluministas e, com isso, naturalmente

179 Opinião de Carlos Fernando dos Santos Lima e Diogo Castor de Mattos (“A ética do crime de colarinho branco”), publicada na coluna “Tendências/debates” da Folha de S. Paulo, de 3/12/2014: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2014/12/1556729-carlos-fernando-dos-santos-lima-e-diogo-castor-de-mattos-a-etica-do-crime-do-colarinho-branco.shtml>> Acesso em 10 dez. 2014.

180 Os termos de colaboração, depois de afastado o sigilo, são facilmente acessados até mesmo pela internet, como o termo de colaboração firmado pelo réu Alberto Youssef, no bojo da operação Lava Jato: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/01/acordodela%3%A7%C3%A3oyoussef.pdf>> Acesso em 20 jan. 2016. Ou o termo de colaboração de Ricardo Pessoa, na mesma operação, disponível em <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/09/397_ACORDO1.pdf> Acesso em 20 jan. 2016. Esses dois termos constam no blog do jornalista Fausto Macedo, do Estado de S. Paulo, fonte desta pesquisa. Um outro termo de colaboração localizado na rede de internet é o firmado por Paulo Roberto Costa: <http://s.conjur.com.br/dl/acordo-delacao-premiada-paulo-roberto.pdf>. Acesso em 20 dez. 2015. Neste último há uma cláusula que prevê como obrigação do colaborador/investigado a renúncia a eventual recurso da sentença condenatória, algo que me parece notoriamente afrontoso ao direito de acesso ao Judiciário, apesar de guardar certo sentido com o objetivo de um acordo premial de colaboração.

181 FERRAJOLI (2010, p. 625, nota de rodapé nº 285).

contrário às torturas que eram praticadas contra aqueles que se submetiam ao poder feudal, não chegou a reconhecer o direito ao silêncio ou à não auto-incriminação, recomendando em sua obra magna uma pena àquele que optasse a não responder às perguntas formuladas por ocasião de seu interrogatório, o que, segundo FERRAJOLI, acabou sendo absorvido pelo Código Russo de 1767 (Catarina II), e pelo Código Austríaco de 1803 (este último prevendo pão, água e pauladas a cada 3 dias para o acusado que permanecesse em silêncio...) ¹⁸².

O direito de permanecer calado, ou o direito ao silêncio, encontra-se consagrado na CF/88, em seu art. 5º, LXIII, o qual, além de garantir ao cidadão o direito à informação de seus direitos, dentre eles o de permanecer calado, prevê também que lhe seja assegurado o direito à assistência por advogado (ampla defesa) e família ¹⁸³.

Apenas em 1988 é que uma constituição brasileira veio a inserir em seu texto expressamente tal garantia, que retrata as cláusulas *nemo tenetur se ipsum accusare* ou *nemo tenetur se detegere* ¹⁸⁴, de inspiração iluminista, e que se traduzem no direito da pessoa em não produzir prova contra si mesma ¹⁸⁵.

Seria o direito ao silêncio, em verdade, uma das facetas do direito à não-autoincriminação, que englobaria outros direitos, como o de não fornecer material genético para testes sanguíneos ou de DNA, por exemplo, ou mesmo de se submeter a testes de níveis de álcool no sangue por “bafômetros”.

A cláusula do direito à não-autoincriminação também consta do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), internalizado no Brasil através do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 (DOU de 9/11/1992), e que, em seu art. 8º (garantias judiciais), item 2.g, previu o “direito de não ser obrigado a depor (a pessoa) contra

182 *Idem*, p. 625.

183 CF/88, art. 5º, LXIII: o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

184 *Nemo tenetur prodere seipsum, quia nemo tenetur detegere turpitudinem suam* (ninguém pode ser compelido a depor contra si próprio, porque ninguém é obrigado a autoincriminar-se).

185 SILVA JÚNIOR (2015, p. 1).

si mesma, nem a declarar-se culpada”, arrematando, no item 3, que “a confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza”.

Nos EUA a proteção legal é conferida pela 5ª Emenda à Constituição, que veda que a pessoa seja compelida a ser testemunha contra si (*privilege against self-incrimination*), consagrada na expressão: “nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, or property, without due process of law” (ninguém será compelido, em qualquer processo criminal, a ser testemunha contra si mesmo, nem ser privado de sua vida ou propriedade sem o devido processo legal).

Observe-se que o “privilégio contra a autoincriminação” vem, a nosso ver, de propósito, juntamente com a cláusula do devido processo legal, caminhando lado a lado tais conceitos, porquanto, dentro do devido processo legal, sem dúvida alguma está o dever da acusação de fazer prova de suas alegações, como expressão da presunção de inocência de qualquer acusado; essa inversão do ônus da prova criminal é que faz (também) com que seja garantido aos acusados em geral o direito ao silêncio.

A origem mais longínqua desse direito nos EUA provém da Inglaterra do século 17, trazido para território americano pelos puritanos, perseguidos religiosamente em terras inglesas, quando então, em nome da religião, eram acusados e obrigados a confessar, sendo tomado seu silêncio inclusive como prova de seus “crimes”. Sob tal inspiração foi construída a cláusula de garantia do direito em permanecer em silêncio sem que isso fosse considerada confissão de culpa, nos EUA¹⁸⁶.

O direito ao silêncio se desdobraria em duas vertentes, sendo a primeira referente ao direito de não declarar contra si mesmo e a segunda quanto ao direito de não confessar, chamando a atenção para a constatação de que o texto constitucional diz bem menos do que o

186 Disponível em: <<http://criminal.findlaw.com/criminal-rights/fifth-amendment-right-against-self-incrimination.html>> Acesso em: 13 abr. 2015.

seu “efetivo alcance exegético”¹⁸⁷.

Na década de 60, nos EUA, tornou-se célebre o caso “Miranda v. Arizona”, em que foi anulada confissão de culpa por crime cometido sem que a autoridade policial, quando da prisão, comunicasse de imediato ao preso seu direito em ser assistido por um advogado e de permanecer em silêncio.

O caso foi levado até a Suprema Corte Norte-Americana (decidido em 13 de junho de 1966¹⁸⁸), e teve por relator o célebre *Justice* Warren. Ernesto Miranda foi preso e confessou voluntariamente na delegacia ser o autor de um seqüestro seguido de estupro, tendo ele assinado termo em que dizia, após 2 horas, haver voluntariamente reconhecido que foi o autor dos delitos, mesmo sem estar presente advogado, nem ter recebido as advertências quanto ao direito ao silêncio.

O resultado foi a anulação do julgamento, em uma espécie de revisão (*writ of certiorari*) redigida pelo próprio acusado para a Corte Constitucional norte-americana, que, no mesmo dia, anulou mais três outros julgamentos (*Vignera v. New York*, *Westover v. United States* e *California v. Stewart*), todos com interrogatórios realizados sem que fosse respeitado o direito ao silêncio, ou ao menos advertidos os réus, sendo a prova produzida a partir desses depoimentos considerada ilícita¹⁸⁹.

A partir dos “Avisos de Miranda” (*Miranda Rights*), do direito constitucional norte-americano, consolidou-se a obrigação de se informar aos presos acerca do direito a se calar, o que, segundo SILVA JR., tal garantia “...deve constar do auto de prisão em flagrante, e, ainda, de todo e qualquer interrogatório, seja ele formal, ou não”¹⁹⁰.

A fórmula dos “Avisos de Miranda” (*Miranda Warnings*), bastante célebre, ganhou notoriedade mundial a partir do cinema e seriados policiais e de tribunais estadunidenses,

187 SILVA JR. (2015, p. 4).

188 384 U.S. 436 (1966), Supreme Court of United States of America, informação obtida em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/#annotation>> Acesso em: 15 dez. 2015.

189 CARVALHO (2013, p. 15-17).

190 SILVA JR. (2015, p. 4).

sendo bastante conhecida a seqüência de advertências: “você tem o direito de permanecer em silêncio, pois provavelmente tudo o que você disser será utilizado contra você em um tribunal; você tem o direito de ser assistido por um advogado; se você não puder pagar por um advogado, será indicado um defensor para lhe acompanhar.”

Recentemente, a *landmark decision* de *Miranda v. Arizona*, de 1966, veio a ser reafirmada pela Suprema Corte Norte-Americana, em *Dickerson v. United States* (530 U.S. 428, 2000), concluindo o Tribunal, através do *Chief Justice* William H. Rehnquist, que o direito a permanecer calado, e os *Miranda Warnings*, não seriam derogáveis nem mesmo por lei ordinária oriunda do Congresso Americano¹⁹¹.

7.2 A COLABORAÇÃO PREMIADA E A RENÚNCIA AO DIREITO AO SILÊNCIO.

Com relação ao direito de permanecer calado, ou de silenciar, como se relacionaria o instituto da colaboração premiada? Enquanto expressão do direito que o cidadão investigado ou acusado tem de não se autoincriminar (até mesmo se estiver sendo ouvido como testemunha), haveria compatibilidade entre o direito ao silêncio e o estímulo do Estado através de benefícios penais a que alguém venha a confessar seus crimes e entregar detalhes do envolvimento de outros e de como funcionaria a organização criminosa?

Aqui há duas abordagens que comumente são feitas.

A primeira, do ponto de vista ético, foi realizada noutra parte deste trabalho, e não envolve o nosso objetivo central.

A segunda abordagem metodológica, que é a que nos importa realmente, é a que leva em consideração o conceito jurídico-constitucional do direito ao silêncio, e a análise de eventual atuação estatal inconstitucional nos acordos de colaboração premiada fundados em

191 Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/530/428/case.html>> Acesso em: 20 dez. 2015.

lei ordinária que prevê a renúncia a esse direito por seu titular, estando este na condição de investigado ou acusado criminalmente.

A possibilidade de renúncia a direitos fundamentais existe, e é defendida na doutrina, como a exemplo de EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR, para quem apenas quando o direito não exprime ao mesmo tempo um dever, pode ser renunciado por seu titular, nada impedindo deste abrir mão de uma vantagem quando lhe aprouver, compatibilizando-se tal propósito com o princípio da autonomia individual e auto-determinação, expressões do princípio da dignidade humana.¹⁹²

Em determinadas situações, como quando em jogo a persecução criminal, a renúncia ao direito ao silêncio inclusive não poderá ser objeto de retratação (de fato, a retratação do colaborador à renúncia implicará em quebra do acordo de colaboração premiada, posto que seu depoimento prestado perante o Ministério Público ou Polícia precisará ser confirmado em juízo).¹⁹³

Outro exemplo, para que não restem dúvidas, também na área criminal: alguém que esteja em seu lar e permita, voluntariamente, policiais adentrarem no recinto para realizar uma busca não pode, posteriormente, alegar que o direito fundamental à inviolabilidade de domicílio não poderia de modo algum ser renunciado, visando a anulação do processo penal por ilicitude da prova eventualmente produzida.

Assim é que PIEROTH e SCHLINK defendem, como sugestão técnica de solução: “uma medida estadual (no sentido de oriunda do Estado-nação, e não da unidade federativa) que tenha lugar com o consentimento legítimo do atingido não constitui ingerência no direito fundamental.”¹⁹⁴

Todos os direitos fundamentais seriam, portanto, renunciáveis, ao talante da

192 NOBRE JÚNIOR (2004, p. 47).

193 *Idem*, p. 48.

194 PIEROTH e SCHLINK (2012, p. 92).

voluntariedade do seu titular? Evidentemente que não. A renúncia geral e irrestrita ao uso de recursos judiciais, por exemplo, fruto da assinatura de algum tipo de acordo (mesmo em colaboração premiada), configuraria em renúncia inconstitucional, por violação de um outro direito fundamental, que é o de inafastabilidade da jurisdição.

A renúncia a um direito fundamental deve ser analisada sob o aspecto funcional dos direitos fundamentais, é dizer, enquanto direitos subjetivos à liberdade do indivíduo em face do Estado, devendo ser encarada como uma tomada de posição jurídico-fundamental, portanto, como um ato de exercício de liberdade¹⁹⁵, tal como ocorre com a renúncia ao direito ao silêncio pelo colaborador, visando determinados benefícios estatais, ou, sob outro ângulo, visando diminuir a intervenção estatal em seu *status libertatis*.

O objeto imediato de análise fundada em parâmetros constitucionais precisa levar em conta qual ação estatal foi desenvolvida (no caso de um direito fundamental de liberdade, como é o direito ao silêncio), e que seria violadora do direito fundamental em jogo.

Será feita agora o exame a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais, com base nos mecanismos de aferição estudados anteriormente.

7.3 O DIREITO AO SILÊNCIO E SUA ÁREA DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL.

No caso brasileiro, infeliz foi a redação do art. 5º, LXIII, pois, tal como está redigida a cláusula, deixa a entender, numa interpretação literal, que a garantia estaria voltada apenas para aquela pessoa que se encontrar presa (o texto utiliza a expressão “o preso será informado...”), quando parece ser evidente que o alcance do direito de permanecer calado se estende a todos aqueles a quem for imputada a prática de ilícitos penais¹⁹⁶.

O legislador constitucional, portanto, ao definir a área de proteção do direito ao

195 *Idem*, p. 90.

196 SILVA JR. (2015, p. 3).

silêncio, em seu alcance subjetivo ou titularidade do direito fundamental, disse menos do que deveria, pois não é apenas ao preso que deverá ser conferido o direito de permanecer calado, mas aos investigados e acusados em geral, detidos ou não pelo Estado¹⁹⁷.

Isso se torna mais evidente quando interpretado sistematicamente o direito ao silêncio com as garantias do devido processo legal e da presunção de não-culpabilidade (ou inocência, como querem muitos), previstos, respectivamente, no art. 5º, incisos LIV e LVII¹⁹⁸.

No devido processo legal (penal) de matriz democrático-constitucional não se concebe alguém ser obrigado a falar (e a falar a “verdade”) quando em posição de suspeito, investigado ou acusado (esteja preso ou não), pois isso feriria a lógica do sistema acusatório e, ao final, a própria presunção de não-culpabilidade, responsável pela atribuição, ao acusador (no Brasil, o Ministério Público, titular exclusivo da ação penal), do ônus de provar o que é objeto de imputação a alguém.

Quanto ao alcance material da área de proteção (comportamentos ou situações), algumas observações merecem ser feitas.

Como já defendido anteriormente, com a proibição de autoincriminação (direito ao silêncio, ou de permanecer calado), enquanto corolário da presunção de não-culpabilidade (ou inocência), em que o ônus da prova compete totalmente ao órgão acusador exclusivo, distinto da figura do juiz (sistema acusatório), e decorrência também do devido processo legal, o interrogatório deixa de ser mero meio de obtenção de prova para ser, também (e principalmente) meio de defesa.

Com relação ao uso do interrogatório como meio de defesa, importante, e muito citado no STF como fonte de jurisprudência, é o precedente do HC 94.016/SP (rel. Min. Celso de Mello).

197 LOPES JR. (2012, p. 250), recorda que tal interpretação encontra ressonância no art. 8.2, "g", da Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que expressamente utiliza-se da palavra "pessoa", e não "preso", como nossa CF.

198 LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

O impetrante, Boris Abramovich Berezovsky, processado perante a 6ª Vara Criminal da Justiça Federal de São Paulo, voltou-se contra decisão que indeferira a participação dos advogados dos corréus nos interrogatórios, sob o argumento de que, por não serem testemunhas, não seriam obrigados a responder às perguntas formuladas (direito ao silêncio), não representando tal restrição qualquer ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, sendo restrito o alcance do art. 188 do CPP apenas aos advogados do próprio acusado a ser interrogado, destacando o juiz prolator da decisão que percebeu constrangimento dos acusados nas reperguntas feitas pelos defensores.

No corpo do voto do relator, constante, portanto, de sua argumentação, consta menção à garantia do devido processo legal, e de elementos que considerou o julgador como essenciais para sua configuração:

O exame da garantia constitucional do “due process of law” permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua própria configuração, destacando-se, dentre eles, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis “ex post facto”; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilégio contra a auto-incriminação); (l) direito à prova; e (m) direito de presença e de “participação ativa” nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes.

Fundou-se a decisão também em outro precedente do mesmo STF, fixado nos autos da famigerada Ação Penal (AP) 470 (caso que ficou conhecido como “Mensalão”), em que o relator, o Ministro Joaquim Barbosa, concluiu que o interrogatório, sendo meio de defesa, e em decorrência da cláusula do devido processo legal, deveria permitir a participação dos advogados dos demais corréus nos interrogatórios, a eles sendo franqueada a possibilidade de realizar perguntas aos acusados.

Nos autos do HC 94.016, considerou o Ministro Celso de Mello, ainda, que, uma vez

não sendo pertinentes as perguntas, poderia o juiz indeferi-las, ou, sendo para o acusado interrogado constrangedoras, caberia a este decidir por simplesmente utilizar-se de seu direito a permanecer em silêncio, algo que não competiria ao magistrado decidir por antecipação.

Trata-se de um dever do Estado (investigar e/ou acusar), mas que deve ser executado com *ética*, para usar expressão empregada por MARMELSTEIN (diríamos, com zelo aos direitos fundamentais, para ficarmos no campo estritamente do jurídico), isto é, impedindo-se os agentes estatais de agir como se culpado fosse o acusado, que ainda não foi atingido por uma condenação criminal irrecorrível¹⁹⁹.

Também alcança o dispositivo aquela situação em que a pessoa intimada aparentemente para falar como testemunha de algum ilícito, mas cujo relato possa de qualquer modo incriminá-la, ou, em assinando termo de compromisso de falar a verdade, possa ser alvo de prisão em decorrência do flagrante por falso testemunho.

Esse tipo de situação aconteceu com muita frequência na esfera das CPIs (Comissões Parlamentares de Inquérito), como a exemplo dos fatos retratados no STF, HC 83.703/SP (relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 18/12/2003).

Segundo consta do julgado, os impetrantes buscavam ordem para que fossem ouvidos na condição de investigados, sem obrigação de prestar compromisso de dizer a verdade, e, assim, não correrem o risco de serem presos (expedindo-se, para tanto, salvo-condutos).

O compromisso que os impetrantes teriam que assinar estaria redigido nos termos seguintes: “O depoente compromete-se, nos termos do art. 203 do Código de Processo Penal, sob as penas da lei, a dizer a verdade, no que souber e que lhe for perguntado, não sendo obrigado a depor contra si próprio, nos termos do art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal”.

O relator do caso, ao se deparar com a redação desse dispositivo, foi direto ao ponto:

199 MARMELSTEIN (2014, p. 175).

desnecessária a alusão à obrigação de dizer a verdade a quem é alvo de investigação ou acusação, pois a pessoa, nesse caso, está protegida pelo direito ao silêncio ou proibição de não-autoincriminação.

A ordem de *habeas corpus* foi concedida²⁰⁰.

No STJ, a propósito, existe precedente tornando nula a confissão extrajudicial tomada de maneira informal, sem observância ao direito ao silêncio²⁰¹. Por ocasião de investigação durante a fase extrajudicial de inquérito, a Polícia tomou informalmente o interrogatório do autuado, sem adoção das formalidades legais, isto é, sem que fosse a pessoa investigada comunicada previamente de seu direito a se manter em silêncio, levando o ministro relator no STJ a declarar a nulidade de todo o processo, por considerar ilícita a confissão, em afronta ao art. 5º, LXIII, da CF/88.

Noutro caso, em 12 de agosto de 2014, o STF julgou provido recurso em *habeas corpus*²⁰² contra acórdão do Superior Tribunal Militar (STM), que considerara lícito o

200 No STF, a posição consolidada foi no sentido de não admitir a oitiva, na condição de testemunha, de pessoa que estivesse como investigada ou acusada, em consagração, na praxis forense, do direito ao silêncio. Antes do julgamento retratado acima, em julgado no ano de 2000, o Tribunal já havia proferido decisão com interpretação semelhante. Na ocasião, o relator deixou assentado o seguinte: "O direito ao silêncio - enquanto poder jurídico reconhecido a qualquer pessoa relativamente a perguntas cujas respostas possam incriminá-la (*nemo tenetur se detegere*) - impede, quando concretamente exercido, que aquele que o invocou venha, por tal específica razão, a ser preso, ou ameaçado de prisão, pelos agentes ou pelas autoridades do Estado. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da não-culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário" BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Celso de Mello, Classe: HC – Processo: 79.812, UF: SP, Pleno, un., Data da decisão: 8/11/2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 13 abr. 2015.

201 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Paulo Gallotti, Classe: HC – Processo: 22.371, UF: RJ, 6ª Turma, un., Data da decisão: 22/10/2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 13 abr. 2015. HABEAS CORPUS. PEDIDO NÃO EXAMINADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. WRIT NÃO CONHECIDO. PROVA ILÍCITA. CONFISSÃO INFORMAL. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA DESENTRANHAR DOS AUTOS OS DEPOIMENTOS CONSIDERADOS IMPRESTÁVEIS. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 5º, INCISOS LVI E LXIII. 1 - Torna-se inviável o conhecimento de habeas corpus, se o pedido não foi enfrentado pelo Tribunal de origem. 2 - A eventual confissão extrajudicial obtida por meio de depoimento informal, sem a observância do disposto no inciso LXIII, do artigo 5º, da Constituição Federal, constitui prova obtida por meio ilícito, cuja produção é inadmissível nos termos do inciso LVI, do mencionado preceito. 3 - Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício. (DJ 31/03/2003, p. 275).

202 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Gilmar Mendes, Classe: RHC – Processo: 122.279, UF: RJ, 2ª Turma, un., Data da decisão: 12/08/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 13 abr. 2015. Recurso ordinário em habeas corpus. 2. Furto (art. 240 do CPM). Recebimento da denúncia. 3. Alegação de nulidade do

recebimento de ação penal fundada em inquérito policial militar no bojo do qual havia sido colhido depoimento de testemunha que confessara a prática de crime de furto simples de um celular, consignando o relator no STF, que a “declaração não tem valor por não ter sido precedida da advertência quanto ao direito de permanecer calado”.

No direito norte-americano a garantia constitucional não abrange a coleta de digitais e testes sangüíneos, sendo a cláusula interpretada restritivamente pelos Tribunais, como direito do indivíduo apenas de não testemunhar contra si.

Exemplo disso é o caso *Schmerber v. California*, de 1966: o motorista, com sintomas de uso imoderado de álcool, após se envolver em acidente automobilístico e ser conduzido preso, advertido de seu direito em permanecer calado, teve amostra de seu sangue recolhida contra a sua vontade, prova essa utilizada para incriminá-lo, e que foi considerada constitucional pela Suprema Corte dos EUA²⁰³.

Ou seja, a Suprema Corte Norte-Americana não considerou haver afronta ao *privilege against self-incrimination* a coleta de provas feita a fórceps.

No Brasil vêm sendo considerados como inclusos na área de proteção constitucional material do direito ao silêncio fatos que despontem para situações parecidas com a narrada acima, ou seja, no Brasil a coleta de provas genéticas ou sangüíneas à força não é abrangida como uma intervenção estatal constitucional.

O direito ao silêncio no sistema processual penal brasileiro vai para além do mero direito a calar sobre qualquer fato que possa incriminar alguém, sendo vedado ao Estado, no seu objetivo de persecução até mesmo administrativa, fazer uso de exames como o etilômetro (bafômetro) ou o sangüíneo, sendo passível de críticas a reminiscência, na Lei 9.503/1997

processo por ofensa ao princípio do *nemo tenetur se detegere* em razão da confissão da autoria durante a inquirição como testemunha. 4. Denúncia recebida apenas com base em elementos obtidos na confissão. 5. Garantias da ampla defesa e do contraditório no curso da ação penal. 6. Recurso provido. (DJe 30/10/2014).

203 Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=384&page=757>> Acesso em: 13 abr 2015.

(Código de Trânsito Brasileiro - CTB), com redação alterada pela Lei 11.705/2008, da presunção da prática de ilícito quando houver negativa do cidadão em se submeter a exame pericial, na hipótese de envolvimento em sinistro de trânsito ou quando for alvo de fiscalização²⁰⁴.

Situação diferente ocorre quando, apesar da ausência do requisito da voluntariedade, a prova é apenas coletada no meio em que se encontra disponível, não sendo produzida à força contra a pessoa, nem precedida de coação, tal como ocorrido nos autos do RHC 77135²⁰⁵, em que o STF definiu, a contrário do que a redação do art. 174, IV²⁰⁶, do CPP, numa leitura apressada, pudesse levar a crer, que o acusado ou investigado não deve ser compelido a realizar exame grafotécnico, podendo a autoridade investigante, entretanto, requisitar de arquivos escritos de próprio punho do investigado, escritos estes que podem ser utilizados no exame objetivado.

Nos EUA, conforme restou explicitado no caso *Miranda v. Arizona*, o direito ao silêncio não se reveste da mesma amplitude verificada no Brasil. Lá, o acusado tem o direito de se manter em silêncio, porém, uma vez advertido previamente, e optando em falar, desde que presente seu advogado ou algum defensor nomeado, passa a ter a obrigação de dizer a verdade, pois é ouvido como testemunha, não alcançando o direito ao silêncio, outrossim, a realização de exames de sangue ou alcoolemia, pois a garantia relaciona-se apenas com o depoimento.

É evidente que existe uma gama de situações que exigirão dos tribunais e juízes

204 Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:
Infração – gravíssima;

Art. 277, § 3º: Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo.

205 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Ilmar Galvão, Classe: HC – Processo: 77.135, UF: SP, 1ª Turma, un., Data da decisão: 8/09/1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 13 abr. 2015.

206 "quando não houver escritos para a comparação ou forem insuficientes os exibidos, a autoridade mandará que a pessoa escreva o que lhe for ditado."

brasileiros uma tomada de posição mais efetiva no que diz respeito à amplitude do direito à não-autoincriminação, do qual o direito ao silêncio é uma variante, e que apenas com o surgimento de problemas reais é que as respostas às várias indagações a respeito de tal alcance irão surgir.

Recentemente, mais precisamente em 4 de março de 2016, o juiz federal Sergio Moro, atendendo a pedido do Ministério Público Federal, deferiu pedido de condução coercitiva do ex-presidente da República brasileira, Luiz Inácio Lula da Silva, nos autos do processo judicial da operação Lava Jato.

Na decisão²⁰⁷, o juiz determinou que fosse ao investigado garantido o direito ao silêncio, condicionada a condução, ainda, à recusa do ex-presidente em acompanhar os policiais até o local de coleta do depoimento.

O fundamento do pedido: receio de que pessoas pudessem sair feridas, dado que em recentes outras medidas cautelares criminais determinadas, teria havido confronto entre partidários do PT e manifestantes contra a corrupção.

Segundo se depreende da própria decisão, procurou o juiz argumentar que a condução coercitiva para fins de depoimento é medida de cunho investigatório, que não implicaria em cerceamento real da liberdade de locomoção e nem tampouco intervenção indevida no direito ao silêncio.

A medida, que não foi isolada no processo (foi a 117ª condução coercitiva determinada pelo juiz), causou grande repercussão no país e debate intenso sobre a constitucionalidade da condução coercitiva de investigados para depor, chegando até mesmo um ministro do STF, Marco Aurélio Mello, dos mais antigos na Corte, demonstrar preocupação e afirmar que "A condução coercitiva só se justifica quando alguém intimado deixa de comparecer e pelo que

207 Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/leia-o-despacho-de-sergio-moro-determinando-a-conducao-coercitiva-de-lula>>. Acesso em: 4 mar. 2016.

me consta o ex-presidente Lula não tinha sido intimado"²⁰⁸.

A condução coercitiva é instrumento jurídico previsto em nossa legislação, havendo previsão de seu uso quando a testemunha deixar de comparecer, sem justificativa, para audiência, conforme consta do CPP, art. 218: "Se, regularmente intimada, a testemunha deixar de comparecer sem motivo justificado, o juiz poderá requisitar à autoridade policial a sua apresentação ou determinar seja conduzida por oficial de justiça, que poderá solicitar o auxílio da força pública."

Aparece também no procedimento do júri, art. 411 (que trata da audiência de instrução), § 7º ("Nenhum ato será adiado, salvo quando imprescindível à prova faltante, determinando o juiz a condução coercitiva de quem deva comparecer").

As testemunhas a serem ouvidas em procedimentos do Ministério Público, e que deixem de comparecer sem justificativa, também podem ser conduzidas coercitivamente, em função de expressa previsão na Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar nº 75/1993), art. 8º, I.

A respeito da condução coercitiva de acusados, o CPP, art. 260, guarda também previsão: "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."

Dúvidas não restam quanto à total viabilidade da condução coercitiva de testemunhas que se neguem a ir depor em juízo ou fora dele. O *busílis* localiza-se, entretanto, na condução coercitiva de investigados e acusados em geral.

Pelo que se extrai da simples leitura do CPP, art. 260, requisito para que alguém seja conduzido coercitivamente é que o acusado não atenda à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou outro ato a ser realizado em que seja imprescindível sua presença (ato que

208 Disponível em: <<http://br.reuters.com/article/domesticNews/idBRKCN0W62PX>>. Acesso em: 4 mar. 2016.

sem o acusado não possa ser realizado).

Ora, considerando que o art. 5º, LXIII, da CF/1988, elencou como direito fundamental dos acusados em geral o de permanecer calado (direito ao silêncio), como entender constitucionalmente viável a condução coercitiva de alguém para que seja ouvido em juízo ou fora dele? A recusa ao comparecimento não poderia ser entendida como direito do acusado em não falar, como expressão do direito à não-autoincriminação?

Parece-nos que o juiz Moro, em sua decisão, deixou clara uma distinção entre o ato da condução coercitiva, e o direito ao silêncio.

Todavia, permanece a dúvida: se aos acusados em geral é garantido o direito ao silêncio, qual a viabilidade constitucional de se obrigar alguém a ir depor, quando a simples recusa poderia ser interpretada como manifestação do direito à não-autoincriminação?

O próprio CPP, em alguns dispositivos, permite ao acusado não comparecer para ser interrogado, ou ao menos não prevêem qualquer decorrência mais grave, como a condução coercitiva.

São as hipóteses do art. 185 ("o acusado **que comparecer** perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado..."), art. 327 ("**Quando o réu não comparecer, a fiança será havida como quebrada...**") e art. 457 ("**O julgamento não será adiado pelo não comparecimento do acusado solto...**").

Há quem sustente a possibilidade de determinação da chamada "condução coercitiva autônoma", com base em um poder geral de cautela judicial²⁰⁹, derivado de interpretação do art. 319 do CPP, que prevê medidas cautelares diversas da prisão preventiva, em rol não exaustivo, "...sempre que for indispensável reter por algumas horas o suspeito, a vítima ou uma testemunha, para obter elementos probatórios fundamentais para a elucidação da autoria

209 MENDONÇA (2011, p. 79-84) trata especificamente do poder geral de cautela do juiz no processo penal, defendendo a sua existência no direito processual penal brasileiro em função do disposto no art. 5º, XXXV, da CF/1988, que trata da tutela jurisdicional adequada, do art. 3º do CPP e art. 798 do CPC, além de elencar algumas decisões do STF e STJ que abonariam sua tese.

e/ou da materialidade do fato tido como ilícito", bem assim para evitar que, enquanto as medidas urgentes de busca estiverem sendo realizadas, um ou mais dos investigados ou acusados possa praticar qualquer ato que frustre a persecução por provas.²¹⁰

Nesse ponto acreditamos que exista uma fundada distinção entre a condução levada adiante contra investigados ou acusados com a finalidade única de coletar seus depoimentos e a condução coercitiva autônoma, levada adiante para evitar tumultos processuais que podem ser praticados pelos acusados em geral, como a manutenção de contato com outros durante o cumprimento das diligências pela Polícia, ou mesmo a destruição de provas.

Mesmo sem ordem judicial, em precedente da 1ª Turma do STF, por maioria de votos, em julgamento datado de 6 de dezembro de 2011 (relator Min. Ricardo Lewandowski), decidiu-se pela possibilidade jurídica de condução coercitiva de investigado para fim de prestar depoimento (HC 107.644), com interpretação decorrente do art. 144 da CF/1988, que assegura poderes de investigação à Polícia, complementado pelo art. 6º do CPP. É bom que se diga que se trata de julgado isolado, precisando haver uma seqüência maior de precedentes, e em casos diversos, para que possamos daí extrair uma real tendência de julgamento do STF.

Assim, seja enquanto expressão de um poder geral de cautela judicial, seja como medida menos gravosa que a prisão preventiva ou temporária, ou ainda para a finalidade de evitar tumultos ou que os investigados combinem suas versões antes de decidir falar, destrua provas, etc., fato é que não nos parece atingir o âmago do direito ao silêncio a condução coercitiva de qualquer cidadão, na condição de investigado ou acusado, para depor em juízo ou fora dele, salvo se, no curso da condução, ou no momento do depoimento, seja de fato e comprovadamente submetido a tratamento desumano, degradante, similar ou equivalente à tortura, enfim, que seja o cidadão alvo de algum ato tendente a quebrar o direito à não-autoincriminação.

210 ARAS (2013), disponível em <<https://blogdovladimir.wordpress.com/2013/07/16/a-conducao-coercitiva-como-cautelar-pessoal-autonoma/>>. Acesso em: 5 mar. 2016.

7.3.1 O direito ao silêncio e a mentira

No alcance da área de proteção constitucional delimitada pelo art. 5º, LXIII (direito ao silêncio, a permanecer calado, ou à não-autoincriminação), estaria albergada a possibilidade do investigado ou acusado mentir?

Ao informar a Constituição Federal que a pessoa sob investigação ou acusação tem o direito de permanecer calada, estaria querendo incluir, dentre os atos possíveis de proteção contra eventual intervenção estatal, o direito à mentira?

Parte da doutrina entende que o direito à mentira não estaria contido na área de proteção constitucional material da proibição à não-autoincriminação, circunscrevendo-se o direito apenas ao silêncio, ao argumento de que o próprio ordenamento jurídico, interpretado sistematicamente, conduziria a tal conclusão, ao prever a responsabilização, mesmo do acusado, por crime de denúncia caluniosa (art. 339 do CP) ou de autoacusação falsa (art. 341 do CP)²¹¹.

Levanta-se questionamento a partir da Lei 10.792/2003, que alterou o art. 187 do CP²¹², dividindo o interrogatório em duas partes, com suscitação da possibilidade de o

211 SILVA JR. (2015, p. 5); ARAS (2012).

212 Art. 187. O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos.

§ 1º Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais.

§ 2º Na segunda parte será perguntado sobre:

I - ser verdadeira a acusação que lhe é feita;

II - não sendo verdadeira a acusação, se tem algum motivo particular a que atribuí-la, se conhece a pessoa ou pessoas a quem deva ser imputada a prática do crime, e quais sejam, e se com elas esteve antes da prática da infração ou depois dela;

III - onde estava ao tempo em que foi cometida a infração e se teve notícia desta;

IV - as provas já apuradas;

V - se conhece as vítimas e testemunhas já inquiridas ou por inquirir, e desde quando, e se tem o que alegar contra elas;

VI - se conhece o instrumento com que foi praticada a infração, ou qualquer objeto que com esta se relacione e tenha sido apreendido;

VII - todos os demais fatos e pormenores que conduzam à elucidação dos antecedentes e circunstâncias da infração;

acusado mentir, como autodefesa, apenas quando da segunda parte do dispositivo, que o questiona sobre a veracidade dos fatos, sendo-lhe vedado, entretanto, mentir sobre a primeira parte, que trata apenas do oferecimento sobre dados de sua identificação, qualificação e etc., não respeitantes ao objeto de imputação penal.

Todavia, a priori, da leitura do art. 186, em sua nova redação²¹³, não se encontra qualquer exceção, quanto ao direito de permanecer em silêncio, entre a primeira e a segunda parte do interrogatório, podendo se extrair que, diante disso, não procedendo o legislador com qualquer tipo de distinção, não poderia se concluir por momentos distintos em que ao acusado seria vedado calar (ou mentir?) durante o seu interrogatório.

Após alguma controvérsia, o STF, em julgamento dotado de repercussão geral (RE 640.139/DF, DJe 14/10/2011), consolidou entendimento e reafirmou a jurisprudência dominante sobre o assunto controvertido, consignando que o direito ao silêncio não alcança a situação em que o acusado se utiliza de falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes, concluindo, aí, pela configuração do crime do art. 307²¹⁴ do CP, isto é, falsa identidade.

A verdade no Processo Penal é um objetivo (não a chamada verdade "real", mas uma verdade processual e constitucionalmente adequada, *probabilística*²¹⁵), e, para que se puna alguém com justiça (valor alçado à categoria de "supremo" desde o preâmbulo da CF/88), é preciso que seja repelida a mentira, seguindo-se os parâmetros definidos na lei e na

VIII - se tem algo mais a alegar em sua defesa.

213 Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

214 Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem.

215 Termo empregado por ARAS (2013, p. 250), para nomear a verdade do processo penal de cunho democrático e constitucional, que não é aquela verdade material que se buscava através de quaisquer meios, inclusive pela tortura, visando quase sempre uma confissão (a velha "rainha das provas" dos procedimentos inquisitivos medievais), mas a verdade processual que tente chegar o máximo possível perto dessa verdade real, com critérios de ética e legalidade.

Constituição.

Nesse trilhar, tramitou um projeto de lei no Senado (autoria do Senador Alvaro Dias), que tinha por objetivo incriminar o acusado ou indiciado que mentisse ou negasse a verdade, em processo judicial ou administrativo, inquérito policial, civil ou administrativo, ou em juízo arbitral (ou seja, criava no Brasil o crime de perjúrio), mas que, infelizmente, veio a ser arquivado em 2011²¹⁶.

Além da punição à falsa identidade, mesmo para se livrar de alguma imputação, há outras conseqüências existem previstas em nosso ordenamento jurídico, que demonstram o equívoco da tese de que aos acusados assistiria um "direito à mentira", como que inserido no alcance material da proteção constitucional ao direito ao silêncio.

Esse extenso rol é trazido em estudo feito por ARAS²¹⁷, em que são elencadas as seguintes previsões: a) o crime de calúnia (CP, art. 138), estelionato (CP, art. 171), fraude à execução (CP, art. 179), falsificação de documento (CP, art. 297), falsidade ideológica (CP, art. 299), uso de documento falso (CP, art. 304), inserção de dados falsos em sistema de informações (CP, art. 313-A), falso testemunho (CP, art. 342), comunicação falsa de crime (CP, art. 340), autoacusação falsa (CP, art. 341), denúncia caluniosa (CP, art. 339), fraude processual (CP, art. 347), lavagem de dinheiro (Lei 9.613/1998), falsa representação por ato de improbidade (Lei 8.429/1992, art. 19), e por aí vai.

A própria Lei 12.850/2013, em seu art. 19, traz previsão cujo objetivo é claramente o de reprimir a mentira dos depoimentos prestados sob o manto da colaboração premiada, ao prever como crime a falsa imputação da prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas (art. 19).

216 Andamento disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/78481>>. Acesso em: 2 dez. 2015.

217 ARAS (2013, p. 256).

É bem verdade que a mentira do acusado em interrogatório não configura aqui no Brasil o crime de perjúrio (admitido nos EUA), entretanto, no caso do investigado ou acusado colaborador, além do crime de falsa imputação da prática de infração penal a pessoa sabidamente inocente, poderá eventualmente também responder por calúnia, difamação, falsa identidade, autoacusação falsa, e etc., o que bem demonstra o quão perniciososa, por ser afastada da análise da juridicidade estrita da conduta, é a tese de que aos acusados, no Brasil, é permitido mentir, tentar enganar o juiz, no processo penal.

Nas palavras de ARAS, "...não se trata de criminalizar a mentira verbal do acusado (pois a documental já é crime!), mas de não a tolerar no processo penal, de modo que não seja lícito ao acusado ludibriar o julgador e atingir o direito difuso à prestação jurisdicional justa, indissociável do direito constitucional à verdade."²¹⁸

O fato é que, nem a Constituição Federal, nem tampouco a legislação infraconstitucional de processo penal, no Brasil, em nenhum momento, fala de qualquer possibilidade de uso do recurso da mentira aos acusados em geral; a todo o tempo o que é consagrado como direito fundamental é o silêncio, donde concluímos, sem maiores esforços, que o que deveria compor o alcance material da proteção constitucional deveria ser apenas o direito ao silêncio, sem alcance normativo de sua área de proteção a um suposto direito de mentir.

Tal conclusão coaduna-se, portanto, com a obrigação de dizer a verdade prevista no art. 4º, § 14º, da Lei 12.850/2013. Uma vez renunciado o direito ao silêncio, o colaborador obriga-se a dizer a verdade sobre o esquema criminoso arquitetado pela organização da qual faz parte, e sobre sua própria conduta, sob pena de rescisão dos termos do que restou acordado.

218 *Idem*, p. 257.

7.4 INTERVENÇÃO ESTATAL NA ÁREA DE PROTEÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO.

Para quem defende a inconstitucionalidade da renúncia ao direito ao silêncio, contida no art. 4º, § 14, da Lei 12.850/2013, a referida norma representaria uma intervenção estatal na área de proteção fundamental delineada pelo art. 5º, LXIII, da CF/88 (direito ao silêncio ou de não produzir provas contra si mesmo), argumento esse repellido no tópico antecedente deste estudo.

Com efeito, da leitura do dispositivo legal não dá para se concluir que existe qualquer ato de intervenção estatal a priori indevido na área de proteção constitucional do direito ao silêncio, pois este direito fundamental, assim como outros, podem sim ser objeto de renúncia (ou alguém não poderia, por exemplo, renunciar ao direito de propriedade?), desde que revestido o ato de voluntariedade, isto é, não decorra de alguma atitude que parta do Estado e que seja tendente ou abertamente voltada à supressão da vontade do indivíduo em permanecer calado, tal como ocorria em priscas eras, em que a confissão era o principal meio de prova e a tortura física e psicológica o meio mais comumente utilizado para se obtê-la.

Desse modo, tem fundamento legal e não encontra, a princípio, qualquer óbice constitucional a colaboração premiada, enquanto ato de intervenção estatal, sendo a lei aplicada não apenas de acordo com a Constituição Federal de 1988, como também em respeito a tratados internacionais assinados pelo Brasil, e que o obrigam a dotar os órgãos de investigação e persecução criminal de mecanismos eficientes de combate ao crime organizado (Convenção de Palermo e Convenção de Mérida).

7.5 O CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE.

E de que forma poderia haver uma intervenção estatal no direito fundamental ao silêncio que pudesse ser considerada ofensiva à Constituição?

Para responder a essa questão precisaremos atentar, metodologicamente, para o critério da proporcionalidade, descrito por PIEROTH e SCHLINK como o limite dos limites mais significativo da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão (de onde deriva a Teoria Liberal dos Direitos Fundamentais), pressupondo-se, em concreto, que o fim perseguido pelo Estado e o meio empregado para alcançá-los sejam lícitos e, ainda, que a medida interventiva estatal seja adequada e necessária (indispensável) para alcançar o propósito²¹⁹.

A princípio, o emprego de prisões preventivas, por si só, não significa afronta alguma à proibição de autoincriminação, nem guarda qualquer relação com a proibição a que alguém realize acordo de colaboração premiada, sendo isso inclusive foi reconhecido pelo STF, no julgamento do HC 127.483, ao examinar decisão de homologação de termo de colaboração do réu Alberto Youssef, já no bojo da Operação Lava Jato²²⁰.

O propósito guardado pela intervenção no direito ao silêncio prevista pelo legislador ordinário, portanto, não pode ser considerado ilícito, sendo, ademais, constitucionalmente admitido, isto é, lícito, e, arriscamos dizer, até mesmo desejado pela CF/88, posto que o combate ao crime precisa se dar com eficiência, a fim de se garantir o direito à segurança pública em sentido amplo.

O mesmo se diga quanto ao meio de intervenção, através de termos de acordo de colaboração, que, uma vez respeitados os requisitos legais, e sendo ato de escolha voluntária do imputado, partindo-se do pressuposto de que a ele, juntamente com seu defensor (dupla garantia), cabe decidir sobre a melhor maneira de se defender, não podemos concluir que exista alguma inconstitucionalidade.

219 PIEROTH e SCHLINK (2012).

220 Nas palavras do Min. Dias Toffoli: "Ora, não há correlação lógica entre supressão da liberdade física do agente (critério de discrimen) e a vedação ao acordo de colaboração (discriminação decidida em função daquele critério), uma vez que o fator determinante para a colaboração premiada é a liberdade psíquica do imputado, vale dizer, a ausência de coação, esteja ele ou não solto." (J. 26/8/2015, DJe 3/2/2016).

Entretanto, é preciso que se esteja sempre atento à sutileza de como as ações são engendradas, a fim de que não se banalize o direito fundamental ao silêncio, através de renúncias que não sejam absolutamente necessárias.

É nesse ponto da análise que poderemos encontrar alguma inconstitucionalidade no emprego da colaboração premiada enquanto meio de obtenção de prova.

O ponto a que queremos chegar pode ser melhor explicado se contextualizado, de modo que uma breve digressão a um fato ocorrido nos anos 90 irá ilustrar bem nossa pretensão.

O caso, denominado "Operação Mãos Limpas" (*Mani Pulite*), começou com a prisão de Mario Chiesa em fevereiro de 1992, então ocupante do cargo de diretor de instituição filantrópica de Milão e, 2 anos depois, havia 2.993 mandados de prisão expedidos, 6.059 pessoas ficaram sob investigação, dentre elas 872 empresários, 1.978 administradores locais e 438 parlamentares, sendo que 4 deles haviam sido primeiro-ministros²²¹.

A magnitude da operação foi sem precedentes, e revelou um quadro de corrupção generalizada na Itália, verificando-se pagamento de propinas em quase todas as esferas do serviço público, com alterações no quadro político, levando partidos políticos que surgiram após a 2ª Guerra ao colapso, como o Partido Socialista (PSI) e o Partido da Democracia Cristã (DC), obtendo 2,2% e 11,1% dos votos nas eleições de 1994²²².

Nesse contexto, três foram os fatores que levaram à precipitação do sistema de corrupção italiano, e que criaram um ambiente favorável ao sucesso da operação judiciária: 1) situação econômica complicada, aliada aos custos crescentes da corrupção; 2) integração à União Européia, com abertura do mercado nacional a empresas estrangeiras, sendo necessário eliminar o custo da corrupção; 3) a queda do "socialismo real", iniciando-se um processo de

221 MORO (2004, p. 57).

222 *Idem*, p. 57.

perda de legitimidade do sistema político dominante²²³.

O panorama de deslegitimação política na Itália, uma maior independência do Judiciário, e o apoio popular conferido à operação, segundo MORO, no artigo referido, foram peças decisivas para o sucesso da Operação Mani Pulite.

O artigo foi publicado há pelo menos 10 anos pelo juiz responsável pela Operação Lava Jato, parecendo até um roteiro do modo como seria levado adiante o processo que hoje tem abalado as estruturas de poder no Brasil, e revelador de como o magistrado vem se conduzindo, e de como poderá ele ainda agir, dado que, em muitos aspectos, o que está escrito corresponde fielmente ao que é observado (exemplo: mandados de prisão expedidos aos montes para várias autoridades, e emprego da técnica da colaboração premiada como principal meio de obtenção de prova).

Num determinado trecho do artigo, falando sobre como o instituto da delação premiada ajudou nos trabalhos, com a obtenção de confissões, que abriam novas investigações, e mais novas confissões (um "círculo virtuoso", segundo MORO), ele, parafraseando os autores italianos Donatella della Porta e Alberto Vannucci, assim escreve:

Para um prisioneiro, a confissão pode aparentar ser a decisão mais conveniente quando outros acusados em potencial já confessaram ou quando ele desconhece o que os outros fizeram e for do seu interesse precedê-los. Isolamento na prisão era necessário para prevenir que suspeitos soubessem da confissão de outros: dessa forma, acordos da espécie 'eu não vou falar se você também não' não eram mais uma possibilidade.

Os efeitos decorrentes da operação, não restam dúvidas, têm sido bons para se diminuir a sensação de impunidade. Contudo, reconhecer como prática admissível o uso de prisões preventivas como salutar à supressão ou diminuição de uma garantia fundamental como é o silêncio dos acusados, não parece ser algo que possa ser chamado de meio constitucionalmente legítimo.

Evidentemente que uma prova tal que conduza à vinculação de uma possibilidade de

223 *Ibidem* (2004, p. 57).

não-decretação de prisão preventiva (cujos requisitos estão estampados no Código de Processo Penal, mormente nos arts. 282 e 312), ou mesmo sua revogação, com aplicação de medidas cautelares diversas (CPP, art. 319) ou não, a uma possibilidade de acordo em colaboração premiada, é de natureza muito difícil.

O que normalmente ocorre, em verdade, é que os crimes praticados em sede de organização criminosa, seja esta de natureza mafiosa típica (onde os atos de violência são gravíssimos, como o emprego de homicídio para garantir o silêncio, ou como queima de arquivo), seja a organização criminosa que toma conta de setores do Estado, aproveitando-se das fragilidades ou brechas deixadas pela democracia (grupos eleitos democraticamente, mas que solapam a própria democracia que os conduziu ao poder pelo voto, utilizando-se meios antidemocráticos sub-repticiamente – e não estamos aqui nos referindo a nenhum grupo em particular), precisam, no mais da vezes, da decretação das prisões preventivas, pois os agentes criminosos, inseridos ou com acesso facilitado a agentes públicos influentes, podem conseguir obter o silêncio obsequioso dos alvos de eventuais testemunhas ou corréus, dificultando os trabalhos investigativos, com obstrução da Justiça, fato esse que autoriza, sem sombra de dúvidas, a decretação de prisões preventivas.

Uma vez preso preventivamente, e obtendo-se acordo de colaboração premiada, poderá alguém deduzir que o agente colaborador delatou para obter a sua soltura, em quebra ao requisito da voluntariedade previsto na Lei 12.850/2013.

Esse tipo de situação pode sim eventualmente acontecer, no entanto é preciso se ressaltar, como vimos, que existem vários meios de controle da voluntariedade previstos legalmente (garantia ao silêncio, que só pode ser quebrada por ato de vontade expresso do colaborador, na presença de seu defensor; oitiva sigilosa do colaborador, na presença de seu defensor, com o juiz, que poderá verificar eventual mácula ao direito ao silêncio; gravação em meio audiovisual do depoimento do colaborador; recursos a Tribunais, que poderão rever

os atos praticados), o que torna muito difícil a ocorrência de fato.

Temos, portanto, que a renúncia prevista legalmente no art. 4º, § 14, da Lei 12.850/2013, em tese, envolve tema que está no âmbito de proteção constitucional da CF/88 (direito ao silêncio, art. 5º, LXIII), entretanto, a previsão de renúncia não implica, necessariamente, alguma inconstitucionalidade, posto que a garantia fundamental em tela pode ser renunciada pelo acusado, respeitada a voluntariedade do ato, não representando a colaboração premiada qualquer tipo de ingerência estatal indevida ou não adequada, ressalvada a hipótese concreta de vinculação de soltura à colaboração do acusado que estiver preso preventivamente, porquanto, nessa hipótese, não haverá base nem legal, e tampouco constitucional, para esse tipo de ingerência estatal, faltando-lhe justificação.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

a) Com a passagem da 2ª Guerra Mundial, o direito sofreu um processo de constitucionalização, no sentido de trazer os direitos fundamentais para a linha de frente das discussões acadêmicas e de aplicação jurídica, de tal modo que as próprias codificações, influenciadas pela força do neoconstitucionalismo, tiveram que se adaptar, seja a partir da modificação de suas redações, seja por uma nova forma de interpretar a legislação, com a criação de métodos diversos de interpretação e aplicação;

b) da vingança privada à institucionalização das penas, o Estado viu florescer um processo penal inicialmente de cunho privatístico e acusatório (Grécia e Roma antigas), seguido de um processo penal inquisitorial, principalmente durante a fase das inquisições do direito canônico, em que as figuras do acusador e do juiz se misturavam no inquisidor, para, ao final, aportar no processo penal de cunho acusatório que temos hoje, com a separação entre a acusação e o órgão julgador;

c) O processo penal de cunho constitucional, inspirado no novo modo de ver e pensar a Constituição (no sentido desta para os códigos, e não o inverso), deve ser encarado enquanto palco do exercício do o poder-dever do Estado em punir alguém que cometa algum crime, de modo eficaz, mas, ao mesmo tempo, cuidar para que, nesse processo, sejam garantidos os direitos fundamentais do cidadão alvo das intervenções estatais (processo penal de cunho constitucional-democrático);

d) O Brasil adotou o sistema acusatório a partir do momento em que previu a titularidade privativa da ação penal para o Ministério Público (CF/1988, art. 129, I), não constando do texto constitucional qualquer hipótese de início da persecução penal por órgão do Poder Judiciário, sendo inconstitucionais dispositivos de legislação ordinária que porventura venham a dispor de modo contrário;

e) A adoção do sistema acusatório implica em interpretação das leis ordinárias conforme a vontade do constituinte, não apenas com atenção à rígida separação entre acusador e juiz, mas também com a adoção de um debate de cunho paritário (devido processo legal), que incie com a acusação, a quem competirá o ônus da prova (presunção de inocência e direito ao silêncio dos acusados em geral), e siga com oportunização à defesa do contraditório, culminando com julgamento isento e fundamentado livremente;

f) Na análise da adequação constitucional da renúncia ao direito fundamental ao silêncio do acusado/investigado colaborador (Lei 12.850/2013), optou-se pela abordagem dogmática da Teoria Liberal dos Direitos Fundamentais, cujo princípio distributivo, um dos que informam a teoria, exige do Estado a justificação argumentativa de suas intervenções em direitos de liberdade;

g) A colaboração premiada é meio de obtenção de prova (e não a prova em si), prevista em lei fruto de obrigação internacional assumida pelo Brasil em tratados internacionais para o combate ao crime organizado, devendo ser empregada, tal como os outros meios de obtenção de prova previstos legalmente, em caso de "emergência investigativa", isto é, quando não alcançável a prova por outros meios;

h) Os depoimentos colhidos a partir de termos de colaboração premiada precisam ser valorados em consonância com outras provas que corroborem os testemunhos prestados, não podendo ser base exclusiva para sentenças penais condenatórias;

i) no âmbito de proteção constitucional ao silêncio dos acusados em geral (CF/88, art. 5º, LXIII) não se enquadra o direito à mentira, de modo que, optando por renunciar a esse direito, deverá o colaborador falar a verdade, mediante compromisso legal;

j) a previsão de renúncia não implica, em absoluto, em qualquer inconstitucionalidade, posto que a garantia fundamental em tela pode ser renunciada pelo acusado, respeitada a voluntariedade do ato, não representando a colaboração premiada

qualquer tipo de ingerência estatal indevida ou inadequada, ressalvada a hipótese concreta de vinculação de soltura à colaboração do acusado que estiver preso preventivamente, porquanto, nessa hipótese, não haverá base legal, e tampouco constitucional, que justifique esse tipo de ingerência estatal, faltando-lhe legitimidade no meio utilizado.

O instituto da colaboração premiada é sem dúvida alguma de utilidade ímpar em nosso sistema jurídico, tanto que estão aí várias operações sendo levadas adiante com aparente grau de sucesso.

É bom que se lembre sempre que as máfias em geral, tal qual a italiana possui sua *omertà* (código de silêncio), ou seja, têm como regra proibir qualquer tipo de colaboração de seus pares com o poder público na investigação criminal, sendo a colaboração instrumento essencial para a quebra desses códigos de silêncio.

Isso ocorreu com muita ênfase na Itália, quando, pelo trabalho de Giovanni Falcone e Paolo Borsellino na Operação Mãos Limpas (*Mani Pulite*), assassinados em 1992 pela *Cosa Nostra* (máfia siciliana), vieram a óbito após convecerem o mafioso Tommaso Buscetta a colaborar com as investigações (um "pentito", ou "arrependido"), que culminou com o processo em face de vários mafiosos, dentre eles Salvatore Totò Riina, e à desarticulação, ao menos naquele tempo, de uma rede fortíssima de crime organizado²²⁴.

Deve-se tomar cuidado apenas para que o utilitarismo e a ansiedade não sufoquem a razoabilidade e o bom senso, que o instituto não caia na vala comum do emprego desmedido enquanto técnica de investigação, e que, durante a instrução judicial, seja a prova cotejada com outros elementos do processo, a fim de se evitar erros que sepultem reputações, sempre procurando se respeitar os direitos fundamentais, sem tornar tábula rasa o dever fundamental estatal de persecução penal eficiente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALSCHULER, Albert W. The changing plea bargaining debate. *California Law Review*, Berkeley, vol. 69, 1981. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol69/iss3/2>>. Acesso em: 20 mar. 2013.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. *Revista Seqüência*, Florianópolis, nº 52, p. 163-182, 2006.
- ADORNO, Sergio. *A gestão urbana do medo e da segurança: violência, crime e justiça penal na sociedade brasileira contemporânea*. 1996. 149 f. Tese (Livre-Docência em Ciências Humanas) – Departamento de Sociologia, Universidade de São Paulo, São Paulo. 1996.
- ARAS, Vladimir. *O silêncio, a delação e a mentira no processo penal*. Disponível em: <www.blogdovladimir.wordpress.com/2012/06/01/o-silencio-a-delacao-e-a-mentira-no-processo-penal> Acesso em: 13 abr. 2015.
- _____; Vladimir. A mentira do réu e o art. 59 do CP. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: Juspodium, 2013. p. 247-284.
- _____; *Debaixo de vara: a condução coercitiva como cautelar autônoma*. Disponível em: <<https://blogdovladimir.wordpress.com/2013/07/16/a-conducao-coercitiva-como-cautelar-pessoal-autonoma/>>. Acesso em: 5 mar. 2016.
- ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.
- BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: RT, 2009.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Delação premiada na "lava jato" está eivada de inconstitucionalidades*. Disponível em: <www.conjur.com.br/2014-dez-04/cezar-bitencourt-nulidades-delacao-premiada-lava-jato>. Acesso em: 20 mar. 2013.

- _____ ; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BITTAR, Walter Barbosa (Coord.). *Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- _____. Delação premiada no Brasil e Itália: uma análise comparativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 88, jan./fev/2014. p. 225-269.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- CAPOGRASSI, Giuseppe. A ambigüidade do direito contemporâneo. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. In: CALAMANDREI, Piero. *A crise da Justiça*. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 49-90.
- CARAZAI, Marcos Martins. A interpretação do STF sobre o direito ao silêncio e o contraditório no processo penal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu*, nº 1. 2014.
- CARVALHO, Gabriela Ponte. *O Aviso de Miranda e a prova ilícita por derivação*. 2013. 91 f. Monografia (Conclusão de curso). Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.
- CARNEIRO DA FONSECA, Pedro Henrique. A delação premiada. *De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 10, p. 247-266, jan./jun.2008.
- DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2001.
- DIPP, Gilson Langaro. *Parecer emitido a pedido da defesa do acusado Erton Medeiros Fonseca na ação penal nº 5083360-51.2014.404.7000, em trâmite perante a JFPR*. Brasília, p. 1-28, mar. 2015.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- DUQUE, Bruna Lyra; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Os deveres fundamentais e a solidariedade nas relações privadas. In: BUSSINGER, Elda Coelho de Azeveo (coord.). *Direitos e deveres fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- DWORKIN, Ronald. La lectura moral de la constitución y la premisa mayoritaria. *Cuestiones Constitucionales – Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. México D.F., n. 7, p. 3-29, jul./dez. 2002.
- FERNANDES, Alécio Nunes. *Dos manuais e regimentos do Santo Ofício português: a longa duração de uma justiça que criminalizava o pecado (séc. XIV-XVIII)*. 2011. 149 f.

Dissertação (Mestrado em História) – Programa de Pós-Graduação em História, Universidade de Brasília, Brasília. 2011.

FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. A ausência do crime de perjúrio no sistema jurídico brasileiro. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro (Rev. SJRJ)*, v. 17, n. 29, dez. 2010. p. 143-150 .

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

FIGUEROA, Alfonso García. A teoria do direito em tempos de constitucionalismo. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Coord.). *Argumentação e Estado Constitucional*. São Paulo: Ícone Editora, 2012. p. 512-536.

GALINDO, Bruno. *Direitos fundamentais: análise de sua concretização constitucional*. Curitiba: Juruá, 2003.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014.

GÓES, Ricardo Tinôco de. *Democracia deliberativa e jurisdição: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas*. Curitiba: Juruá, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. Trad. José María Lujambio. In: CARBONEL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madri: Trotta, 2005. p. 49-74.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. In: Temas fundamentais de direito constitucional. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Saraiva, 2009.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Trad. António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LEAL, Rogerio Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

- LORENZETTO, Bruno Meneses. O debate entre Kelsen e Schmitt sobre o guardião da Constituição. In: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009, São Paulo. *Anais...* São Paulo: CONPEDI, 2009. p. 1.924-1.944.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). *Custos Legis*. Vol. 4. 2013.
- _____; *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011.
- MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado Constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da Teoria Liberal dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012.
- MATOS, Sônia Missagia de. Uma análise da contravenção através do jogo do bicho e do pensamento sociológico clássico. *Revista Simbiótica da Universidade Federal do Espírito Santo*, Vitória, n. 1, jun/2012. p. 1-15.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Constituição Federal comentada*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de Direito e Jurisdição Constitucional-2002/2010*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MERQUIOR, José Guilherme. *O Liberalismo: antigo e moderno*. São Paulo: 2014.
- MOREIRA, Luiz. *Fundamentos do direito em Habermas*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação *mani pulite*. *Revista do CEJ*, Brasília, n. 26, jul./set./2004. p. 56-62.
- NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. 2. ed. Coimbra: Almedina: 2009.
- _____. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, vol. 3, n. 2, 2002, p. 9-30.
- NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- NOBRE JR., Edilson Pereira. *Direitos fundamentais e argüição de descumprimento de preceito fundamental*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 11. ed. São Paulo: RT,

2012.

NUNES e SILVA, Moacir. *Geopolítica da economia mafiocontemporânea*. 2009. 328 f. Tese (Doutorado em Geografia Humana) – Programa de Pós-Graduação em Geografia, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2009.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*. Curitiba: Juruá, 2013.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Trad. António Francisco de Souza e Antonio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

REGLA, Josep Aguiló. Do império da lei ao Estado Constitucional: dois paradigmas jurídicos em poucas palavras. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Coord.). *Argumentação e Estado Constitucional*. São Paulo: Ícone Editora, 2012. p. 101-115.

ROSA, Alexandre Morais da; CARVALHO, Thiago Fabres de. *Processo penal eficiente e ética da vingança: em busca de uma criminologia da não violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Trad. Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Del Puerto, 2001.

SANT'ANNA, Marcelo Almeida. *Lei 12.850/2013: a articulação entre norma e exceção*. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs/edipucrs/anais/cienciascriminais/iv/14.pdf>> Acesso em: 15 dez.2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCOTT, George Ryley. *The history of torture throughout the ages*. New York: Routledge, 2003.

SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de direito processual penal: Teoria (constitucional) do processo penal*. 2. ed. Revista, atualizada e ampliada. Natal: OWL, 2015, prelo.

_____. *Reforma tópica do processo penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas e principais modificações do júri*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TAVARES, André Ramos. Os princípios fundamentais na Constituição de 1988: estudo de sua evolução em 20 anos. In: MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco (Coord.). *Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático*

brasileiro. São Paulo: RT, 2008. p. 13-29.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2011.

ZACHIA ALAN, José Alexandre. Colaboração processual: prêmio ou negócio? *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, São Paulo, n. 18, 2010. p. 109-140.